



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales.

Escuela de Derecho

“CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO DE DAÑOS EN EL ECUADOR”

Trabajo de Titulación previo a la obtención del Título de
Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y
Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales.

Autor:

Marlon Paul Peláez Ruiz.

CI. 1400783856

Director:

Abogado. Juan Cristóbal Piedra Andrade.

CI. 0103790275

CUENCA – ECUADOR

Abril 2017

RESUMEN

Esta monografía realiza un análisis de las instituciones que forman parte del Derecho de Daños bajo una visión constitucional. Con la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador (2008) surgen nuevos conceptos de responsabilidad civil en relación al daño que una persona puede sufrir en sus derechos.

Bajo el nuevo modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia debe darse a la norma constitucional una directa e inmediata aplicación a los casos de vulneración de derechos es decir quien causó un daño tiene la obligación de repararlo de forma integral cubriendo la totalidad del daño. Sin embargo la reparación durante los últimos años se ha limitado a la parte económica olvidándose de los efectos colaterales que puede ocasionar el daño en los derechos de las personas. El rol del Juez cambia deja de ser boca de la ley para convertirse en garante de los derechos por lo tanto debe buscar las medidas de reparación más eficaces prescritas en las normas jurídicas logrando una tutela efectiva de los derechos.

Es cierto que las normas del Código Civil respecto de la responsabilidad civil contractual y extracontractual son de vieja data no han cambiado es necesario se ajusten y guarden armonía con la norma Constitucional en lo referente a la vulneración de derechos y su reparación. Este proyecto de investigación busca dar un aporte al Derecho respecto de cómo debe verse al Derecho de Daños en la actualidad sin olvidar el vínculo jerárquico con el Derecho Constitucional.

Palabras Claves: Derecho de Daños, Derecho Constitucional, Constitución, Reparación, Daño, Vulneración.

ABSTRACT

This monograph analyzes the institutions that are part of the Law of Damage under a constitutional vision. With the validity of the Constitution of the Republic of Ecuador (2008) on the new concepts of civil liability in relation to the damage that a person may suffer in their rights.

Under the new model of the Constitutional State of Rights and Justice must be to the constitutional norm to direct and to apply to cases of violation of rights of is to say that caused damages is forced to repair in an integral manner covering the total damage. However the repair in recent years has been limited to the economic side forgetting the side effects that can damage the rights of people. The role of the Judge changes from being the mouth of the law to becoming the guarantor of the rights, therefore he must seek the most effective remedy in the legal rules, achieving an effective protection of rights.

It is true that the rules of the Civil Code regarding contractual and extra-contractual civil liability of the old data have not been changed and are in harmony with the Constitutional standard regarding the violation of rights and their redress. This research project seeks to contribute to the law. According to the Law of Damages at present, without forgetting the hierarchical link with Constitutional Law.

Keywords: Damage Law, Constitutional Law, Constitution, Reparation, Damage, Violation.



INDICE DE CONTENIDOS

CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR.....	7
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	8
DEDICATORIA.....	9
AGRADECIMIENTOS	10
INTRODUCCIÓN	11
CAPITULO I.....	16
EL DERECHO DE DAÑOS.	16
I.I HISTORIA DEL DERECHO DE DAÑOS.....	17
I.II FUNCIONES DEL DERECHO DE DAÑOS.....	19
I.II.I FUNCION RESARCITORIA.....	20
I.II.II FUNCION PREVENTIVA.	22
I.II.III FUNCION DE DEMARCACION.	23
I.II.IV FUNCION SANCIONATORIA.....	23
I.II.V FUNCION DISTRIBUTIVA.....	24
I.III DAÑO: DEFINICIONES	25
I.III.I ELEMENTOS PRESENTES EN TODA DEFINICION DE DAÑOS.....	27
I.IV CLASES DE DAÑOS SUCEPTIBLES DE REPARACION.	29
DAÑO PATRIMONIAL.....	30



DAÑO EXTRAPATRIMONIAL	32
CAPITULO II	35
RESPONSABILIDAD CIVIL.....	35
II.I BREVE RESEÑA HISTORICA.....	36
II.II ALTERUM NON LAEDERE.....	38
II.III FUNDAMENTOS FILOSOFICOS	40
II.IV REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.	43
II.V CLASIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.	47
II.V.I RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.....	47
CAPITULO III.....	51
MEDIOS DE REPARACION.....	51
III.I DIVERSOS SIGNIFICADOS DE LA EXPRESION PRINCIPIO.	52
III.II CONCEPTO DE REPARACION INTEGRAL SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	54
III.III EL SISTEMA DE DAÑOS PUNITIVOS Y LOS LÍMITES DE LA REPARACION.	58
III.IV DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES.	66
III.V REPARACION INTEGRAL EN LA LEGISLACION ECUATORIANA.	71
III.VI LAS ACCIONES POR DAÑOS Y PERJUICIOS Y LA FORMA DE CUANTIFICAR LOS MISMOS.....	80
ACCION CIVIL.....	80



ACCION PENAL	82
ACCION CONSTITUCIONAL	82
CAPITULO IV	95
DERECHO COMPARADO – COLOMBIA	95
IV.I DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES VIGENTES DE COLOMBIA.....	96
IV.II EL CODIGO CIVIL COLOMBIANO Y SU ALCANCE EN EL DERECHO DE DAÑOS	100
IV.III LA REPARACION INTEGRAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	102
IV.IV LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y REPARACION INTEGRAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO.	106
IV.V SENTENCIAS CONTRA EL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC.....	111
IV.VI SENTENCIA CONTRA LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A (EPS SANITAS S.A).	117
IV.VII COMPARACION DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO DE DAÑOS EN ECUADOR Y COLOMBIA.....	130
CONCLUSIONES.....	133
RECOMENDACIONES.....	137
BIBLIOGRAFIA.....	139

CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR



Universidad de Cuenca
Clausula de derechos de autor

MARLON PAUL PELAEZ RUIZ, autor del Trabajo de Titulación “CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO DE DAÑOS EN EL ECUADOR”, reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la Republica y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor/a

Cuenca, 25 de Abril de 2017

Marlon Peláez

Marlon Paul Peláez Ruiz

C.I: 1400783856

CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL



Universidad de Cuenca
Cláusula de propiedad intelectual

MARLON PAUL PELAEZ RUIZ, autor del Trabajo de Titulación "CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO DE DAÑOS EN EL ECUADOR", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, 25 de Abril de 2017

Marlon Peláez

Marlon Paul Peláez Ruiz

C.I: 1400783856

DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado principalmente para mi familia, en especial a mi Madre Rosa Ruiz Torres, quien ha sido el pilar fundamental en mi formación académica, apoyándome siempre de manera incondicional, guiándome por el camino del bien, compartiendo sus experiencias de vida, para hacer de mi un mejor ser humano.

A mis hermanos Javier, Freddy, Lenin, Carola, Paola, por el apoyo moral y muchas veces económico que me han sabido brindar, por la paciencia, por el cariño que me han dado y por lo momentos compartidos.

A mis abuelitos, tíos, primos, con quienes crecí, y aprendí que lo importante en la vida no es solo ganar, sino perseverar y alcanzar los sueños, ya que de las caídas y fracasos se aprende mucho más.

Y finalmente, se lo dedico a las grandes amistades que construí durante estos cinco años de Universidad; por cada uno de los momentos vividos, por el apoyo incondicional que nos hemos sabido dar mutuamente durante esta hermosa etapa de la vida.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco, primeramente a Dios, por guiarme en cada paso que he dado, por regalarme salud, vida, e inteligencia y así poder alcanzar cada uno de los sueños que a lo largo de mi vida me he propuesto.

A mis Padres, Klever Peláez y Rosa Ruiz, por haber cuidado de mí en cada año de vida, haber hecho grandes sacrificios para verme convertido en un hombre hecho y derecho, con valores y principios. Por hacer de mí una persona humilde, sencilla, respetuosa y responsable de mis actos.

Agradezco a la Universidad de Cuenca, por haberme dado la oportunidad de ser parte de ésta cuna del saber, donde han surgido grandes profesionales. A mis profesores de la Facultad de Jurisprudencia, escuela de Derecho, porque día a día, clase a clase, tema a tema, me permitieron aprender y adquirir nuevos conocimientos que me ayudarán en mi vida profesional.

De manera especial agradezco a Ud., Ab. Juan Cristóbal Piedra; por haber sido parte fundamental en este proceso de aprendizaje, y haber aceptado ser mi Director del presente proyecto de graduación, por su tiempo, dedicación y entrega en el desarrollo del mismo.

Finalmente Agradezco a las Autoridades de la Facultad de Jurisprudencia, por todo el trabajo que despliegan a favor de la educación superior, presidida por su Decano el Dr. Jorge Moreno Yánes, quien fue también mi profesor, una persona admirable como profesional y ser humano.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo realiza un análisis jurisprudencial y doctrinario sobre el alcance constitucional que tiene el Derecho de Daños en el Ecuador, partiendo de la historia del Derecho de Daños, la evolución que ha tenido hasta nuestros días.

La responsabilidad civil con la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, da un giro transcendental en el mundo jurídico, ya que su aplicación tiene que ir encaminada a lo que prescribe la norma fundamental, relacionado a la vulneración de derechos constitucionales. En otras palabras, el derecho no es estático y evoluciona a favor de la protección de los derechos, siendo deber de toda Autoridad respetar y hacer respetar los mismos.

De darse una afectación o perjuicio a los derechos, la víctima podrá exigir por vía judicial la reparación integral de sus derechos; es ahí donde el juez, debe hacer posible que el daño, producto de la acción u omisión de una persona responsable, sea resarcido. Los jueces y tribunales encargados de administrar justicia, deben considerar que los principios recogidos en la Constitución serán de directa aplicación, pues de acuerdo con el principio de jerarquía normativa, la Constitución es la primera norma en ser observada por jueces, tribunales, funcionarios públicos, y ciudadanía, con la salvedad de aquellos Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, que establezcan derechos más favorables de los que establece la Constitución.

Para ello es necesario, establecer ciertos conceptos que permitan entender el alcance de aplicación que tiene el Derecho de Daños. He organizado el presente proyecto de investigación, en cuatro capítulos para así comprender de mejor manera la materia en estudio, permitiéndonos abarcar cada una de las instituciones que son parte del Derecho de Daños.

El primer capítulo (I), bajo el título “Derecho de daños”, abarca principalmente conceptos que nos permitirán introducirnos al tema, pues con el aporte de la doctrina tanto nacional y extranjera podemos dar un análisis más profundo de lo que abarca el Derecho de Daños. La historia de cómo surgió el Derecho de Daños, aporta en el sentido de cuál ha sido la evolución con el pasar de los años. Por otro lado las funciones del Derecho de Daños, considerando por función al propósito o finalidad que persigue la norma jurídica en su aplicación en la vida social. Es importante, de igual manera, conocer el significado de “DAÑO”, que según Garzón Valdez (1993) *“es un concepto con carga moral, que presupone la determinación previa de lo que debe ser considerado como valioso o digno de protección”*. Todo sistema jurídico es, en este sentido, expresión de la moral positiva de quienes adoptan frente a él lo que Hart ha llamado punto de vista interno¹...Es claro que la lista de bienes protegidos varía según las sociedades y los tiempos históricos. Con la lista de bienes varían también la lista de daños.

En el Capítulo (II), bajo el nombre de “Responsabilidad Civil”, abarca principalmente su origen dentro del Derecho Romano, como una institución jurídica que se encuentra vigente hasta nuestros días, en la cual en sus inicios se distinguían solamente dos categorías de daños: los que nacen de un delito público y los que nacen de un delito privado. A su vez, analiza uno de los principios fundamentales que regulaba la convivencia en la Antigua Roma, el *Alterum non laedere* que hoy es considerado un principio constitucional, funciona como un mandato de optimización, en el sentido de ordenar que algo se realice en la mayor medida posible, en este caso, que no se dañe a otro y cuando se cause daño a otro, las normas civiles ordenarán su reparación inmediata, pero el principio opera como un factor decisivo en la resolución del caso y si entra en conflicto con otro principio del mismo rango o con alguna norma, se ponderará

¹ El punto de vista interno es adoptar a la reglas del sistema jurídico como un criterio o pauta de conducta a seguir, con actitud crítica reflexiva, por los miembros de una sociedad. El punto de vista del participante de la práctica del sistema.

el peso que se le adjudique en ese caso en cuestión. Violar el deber de no causar daño a nadie, deviene en la obligación de reparar el daño injustamente causado.

Otro tema, son los fundamentos filosóficos en los cuales sustenta la responsabilidad civil su razón de existencia, pues la responsabilidad civil constituye un efecto jurídico, una consecuencia jurídica como resultado de la verificación de sus presupuestos o elementos. También debemos identificar los requisitos de la responsabilidad civil, entre ellos y unos de los más importantes es el hecho, la culpa, el perjuicio, y, el nexo de causalidad entre la culpa y el perjuicio.

Para finalizar el capítulo (II), es necesario la clasificación de la responsabilidad civil, siendo la primera clasificación dada por muchos juristas, en responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual. Si bien la distinción entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual se encuentra prácticamente superada en la doctrina, dicha superación no lo es en cuanto a las consecuencias, porque deberían tender a una reparación integral conforme a la norma constitucional. Conceptualmente estas responsabilidades son distintas, porque su origen es distinto, porque el no cumplimiento de lo pactado frustra un negocio, transgrede un deber concreto, y preexistente, mientras que en la responsabilidad civil extracontractual no se transgrede una conducta previamente acordada, sino un acto prohibido o algo más general, como es el deber genérico de no dañar.

En el Capítulo (III), bajo la denominación “Medios de Reparación”, éste juega un papel transcendental dentro del Derecho de Daños, ya que, hace posible que el juez garantista de derechos, tenga los medios, las herramientas, los recursos necesarios para cumplir con una verdadera reparación integral de las víctimas. Analiza este capítulo, lo referente a los daños punitivos, como una institución perteneciente al Sistema Anglosajón, cuya finalidad es sancionar pecuniariamente al responsable de un daño antijurídico ocasionado a una persona

en sus derechos, a más de la reparación total del daño. Siempre ha estado envuelto en polémicas, porque puede considerarse ajena a los propósitos que debería tener un sistema de responsabilidad civil en general. También centramos nuestro estudio en lo referente al principio de Reparación Integral, como una obligación de indemnizar la totalidad del daño, sin que se pueda superar sus estrictos límites. Como explica Henao Pérez (1998) *“si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima”*. La reparación integral es un deber del Estado y un derecho de las víctimas, a exigir mediante las acciones judiciales cada una de las medidas que permitan el goce efectivo y total del derecho vulnerado. Contempla resarcimientos de carácter material e inmaterial, con el objetivo de reconstruir el derecho afectado, ya que en muchos casos han sido insuficiente las medidas económicas dictadas por los jueces en sentencia.

Las acciones que prevé nuestro ordenamiento jurídico, para que la víctima pueda recibir una compensación por el daño sufrido, es parte de este capítulo, analizando las disposiciones jurídicas tanto de rango constitucional como legal, haciendo énfasis en la forma de cuantificar el daño y la forma de reparación que no siempre debe ser económica.

En el capítulo (IV), bajo el nombre de “Derecho Comparado - Colombia”, busca hacer un análisis comparativo de la realidad social y jurídica del Estado Colombiano con el ecuatoriano, partiendo de las normas constitucionales, legales y el tratamiento que le da la Corte Constitucional Colombiana y el Consejo de Estado Colombiano al principio de Reparación Integral. Forma parte de este capítulo, el análisis de sentencias contra Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y contra la EPS SANITAS clínica pragma S.A. Como último punto de este capítulo se analizara las diferencias entre el proceso de Constitucionalización de Ecuador con el de Colombia.



Finalmente para concluir este trabajo de investigación, se establecerá las conclusiones a las que he llegado luego de efectuar una investigación amplia del tema. Se realizará las recomendaciones que se consideren necesarias para conseguir un ordenamiento jurídico más preciso, completo y sistemático en pro de la protección de los derechos y una efectiva administración de justicia.



CAPITULO I

EL DERECHO DE DAÑOS.

I.I HISTORIA DEL DERECHO DE DAÑOS.

La expresión Derechos de Daños es de origen Anglosajón, se ha ido imponiendo en el mundo jurídico, ya que hace referencia a una parte del ordenamiento jurídico que son básicamente los daños, pero no cualquier daño sino aquel que origina el deber de indemnizar .

Según la historia el perjuicio producido a una persona, o daño a bienes de una familia, daba lugar a una enemistad con la familia de la víctima, lo solucionaban normalmente con la devolución del bien, es decir, reaccionaban ante la causación de un daño con la reparación del bien. Estos antecedentes surgieron en el Derecho Romano, ya que los romanos consideraron que el no dañar, era un principio básico del derecho y eje fundamental para la convivencia romana. Sin embargo con el pasar de los años, se reconocía a favor de la víctima, un derecho de venganza en contra del autor del daño.

Posteriormente, en la ley de las XII Tablas se distinguió entre crimina, y delicta. La primera se refiere a aquellas infracciones contra el Estado, siendo éste el que sancionaba con penas corporales o multas. Delicta, hacía referencia a aquellas infracciones que no movilizaban al poder público, sino únicamente a la parte ofendida.

“En la ley de las XII Tablas castiga solamente los daños físicos, por lo que el Pretor estableció la actio injuriarum aestimatoria, la cual tutelaba aspectos esenciales de la personalidad y algunos derechos con ella relacionados. Se protegían derechos, intereses materiales e injurias difamatorias.”²

“Esta “actio” permitió que el injuriado persiguiera una reparación pecuniaria como especie de una pena privada civil, que podía estimar el mismo, sin perjuicio de la moderación

²<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2012/10/30/la-responsabilidad-civil>

dispuesta por el juez. Ésta sirvió para defender al hombre contra toda ofensa directa o indirecta, mediata o inmediata, contra todo ataque a su ser o su tener.”³

*“En la Ley de la XII Tablas, los daños causados en la persona o en los bienes de un sujeto de derecho no constituyeron en un tipo único o un género de delito privado. Por el contrario, en la citada legislación se hizo referencia a variados eventos de daño, que producían, igualmente, diversas consecuencias de acuerdo con sus circunstancias. Por ejemplo en la Tabla VIII de la legislación decenviral se encuentran disposiciones sobre ruptura o mutilación de un miembro a una persona, lesiones causadas a hombres libres o a esclavos ajenos, daño ocasionados a animales cuadrúpedos, daños producidos en virtud de encantamientos, incendios de casa o de cosechas y tala de árboles, entre los más relevantes. Muchos de estos quedaron subsumidos en el delito de *Damnum injuria datum*⁴ y otros fueron al delito de injuria”.⁵*

La doctrina de los romanistas ha discutido si en la Ley de las XII Tablas se habría contenido una norma general sobre resarcimiento de los daños causados injustamente⁶, particularmente en cuanto tiene que ver con la interpretación de la expresión “rupsit...sarcito” (Tabla VIII, 5), en la cual algunos ven la consagración de una norma general que ordenaría reparar los daños causados.

En la ley de Aquilia (286 a.c.) se reguló el daño a las cosas, estableciéndose como consecuencia inmediata, el pago del valor máximo que la cosa hubiera tenido en los treinta días anteriores al hecho⁷. En el Derecho Romano se introduce elementos de transcendencia, que hoy en día el

³ CIFUENTES Santos, “Derechos Personalísimos”, Ed. Lerner, 1974, Buenos Aires.

⁴ Se encuentra la explicación acerca de la evolución del significado de las expresiones *damnum dare*, entendida como colocación de un sujeto en situación de daño, y *damnum facere*, referida a la situación de gasto o pérdida patrimonial en la que se colocaba el afectado, y cómo el énfasis puesto en uno o en otro de estos conceptos caracteriza la evolución del derecho romano en este tema. CASTRESANA, AMELIA, pág. 21 y sigs

⁵ MAZEAUD, H. y L. – TUNC, A, pág. 38.

⁶ COLOMBO, LEONARDOA., *Culpa aquiliana* (cuasidelitos), pág. 104

⁷ GAYO, *Institutas* (3, 217 y 218). BRAVOBOSCH, MARÍA JOSÉ, pág. 31

Derecho de Daños los rescata, así por ejemplo que, el daño era injustamente causado si provenía del dolo, sin embargo el termino dolo se fue sustituyéndose con el de culpa.

En las instituciones de Justiniano, se introducen los actos ilícitos civiles, ya no delitos sino quasi delitos, manteniéndose así hasta el derecho intermedio, se considera el derecho de daño como algo divino, una providencia, un castigo divino.

Con la Edad Moderna, aparecen las concepciones filosóficas del humanismo que lleva a la idea de indemnizar racional, centrándose en la distinción entre derecho civil y el derecho penal. Estas ideas se transmiten al Código Civil Francés del siglo XIII⁸ que hace honor al liberalismo francés, haciendo responsable a una persona cuando hay culpa, ya que si la actuación es fortuita y no hay libertad en el actuar humano, no hay responsabilidad.

I.II FUNCIONES DEL DERECHO DE DAÑOS.

Cuando se habla de funciones de una rama del derecho, es muy frecuente asumir que estamos frente a algo evidente y sencillo que no requiere de mayor explicación, sin embargo, Pablo Salvador y Maria Teresa Castiñeira (1997), se preguntaban “¿cuáles son realmente las funciones del derecho de la responsabilidad civil?”⁹

Al hablar de funciones, es frecuente hacer referencia a un propósito o finalidad, atribuyendo al derecho de daños, la finalidad histórica de sus creadores y el porqué de la existencia de las instituciones que forman parte del derecho de Daños, lo cual permite conocer a cabalidad sus alcances y fronteras.

⁸ MAZEUD Jean, Henri y León, “Lecciones de Derecho Civil”, traducción Luis Alcalá –Zamora y Castillo, Parte Segunda, Volumen II, Buenos Aires, 1969, pág. 8

⁹ SALVADOR-CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PA-LOU, M. T., “Prevenir y Castigar”, Marcial Pons, 1997, p. 103.

Mucho se ha discutido respecto de las funciones del derecho de daños, para ello es necesario hacer algunas consideraciones. Primero existen posiciones tradicionales que examinan la función de la responsabilidad por daños, es exclusivamente resarcitoria, mientras que orientaciones más modernas le reconocen juntamente con ella, al menos otra función relevante: la preventiva. Dentro de estas vertientes pluralistas, algunos extienden ese elenco a otras adicionales, como la función sancionatoria, la función redistributiva o la llamada función de demarcación.

Así, concluimos que las funciones del Derecho de Daños son la función resarcitoria, la función preventiva, la función de demarcación, la función sancionatoria y distributiva.

I.II.I FUNCION RESARCITORIA.

También llamada compensatoria. Antes de hablar de esta función es menester hacer una aclaración respecto a los alcances de los términos “indemnización” y “resarcimiento”.

Algunos autores, consideran que esta es la única función que cumple el Derecho de Daños, pues restituir íntegramente el daño generado, es la finalidad que persigue. Los alcances de esta función, son dos: compensar o resarcir, muchos juristas lo asimilan como sinónimo de indemnizar, cuestión que no es así, ya que son términos de alcance totalmente disimiles.

Resarcir, de acuerdo a la definición de la Real Academia de la Lengua Española¹⁰, consiste en “*indemnizar, compensar, reparar un daño, perjuicio o agravio*”; por otro lado **Indemnizar**¹¹, en el mismo diccionario es “*resarcir de un daño o perjuicio*”

¹⁰ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 22 Ed. Madrid 2001 – T-9 p. 1326

¹¹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 22 Ed. Madrid 2001 T-6, p. 857

Fuera del ámbito jurídico podríamos decir que son términos similares, pero jurídicamente y propiamente en el campo de la responsabilidad civil, son términos totalmente distintos. En efecto, indemnizar constituye aquel remedio jurídico ante el perjuicio que debe soportar una persona, debido a una expresa autorización legal, que impone a una persona soportar una conducta dañosa. Se identifica generalmente con la afectación a intereses patrimoniales y no a daños, según las palabras del Abogado Leyser León¹². También se entiende como *“asignación pecuniaria, pero no como resarcimiento”*.

Leyser Leon (2011) considera que la indemnización no proviene estrictamente según el lenguaje jurídico de un hecho generador de responsabilidad civil, sino más bien proviene de una autorización legal, ya que a pesar de no concurrir los supuestos para que opere la responsabilidad civil (hecho dañoso, perjuicio, nexo causal, culpa), por mandato expreso de la ley, quien padece algún perjuicio, le asiste recibir una retribución generalmente económica- a título de indemnización- que no constituye estrictamente un resarcimiento u reparación integral del daño sufrido, así por ejemplo tenemos el caso de expropiación de la propiedad privada por razones de utilidad pública. La razón de ser, de esto, es que se busca aminorar o hacer menos gravoso el daño, sustentándose en que tal situación proviene de una autorización legal e incluso de actos o conductas realizadas en pro del interés general¹³, y por ello, en algunos casos la misma ley permite la causación de un daño y la obligación jurídica del titular del derecho de sufrirla por razones de justicia y equidad, según se desprende del ejemplo de expropiación.

La función resarcitoria, va encaminada a reparar el daño causado por un hecho ilícito o por el incumplimiento de una obligación. En otras palabras, quien ha sufrido un agravio en sus

¹² LEON HILARIO, Leysser. “La responsabilidad civil – Líneas Fundamentales y nuevas perspectivas” 3ra Ed. El Jurista Editores, Lima-2011, p. 26

¹³ Por ejemplo en el caso de la expropiación.

derechos, su dignidad, debe ser reparado por el responsable del daño, en la misma especie si es posible o en otra que sea objetivamente equivalente. Muchas de las veces resulta complicado lograr aquello. Esta función actúa ex post al ilícito con la finalidad de que las cosas vuelvan a su estado anterior, es aplicable tanto a la responsabilidad contractual como extracontractual.

Ahora bien, el resarcimiento tiene su alcance jurídico en la restitución integral del daño padecido, esto es la reparación integral del daño, que no siempre cae en el ámbito pecuniario. Tiene su razón de ser, no solo por razones de equidad y justicia, ya que es necesario la presencia de un elemento jurídico fundamental de la responsabilidad civil, la antijuridicidad de la conducta, como supuesto de procedencia.

I.II.II FUNCION PREVENTIVA.

Llamada también función econógenal, busca actuar antes de que el daño se genere u ocurra, evitando que el perjuicio suceda. La prevención como tal tiene dos dimensiones: prevención general y prevención específica.

En muchas ramas del derecho, ya se hablaba de la prevención particularmente en el derecho penal, sin embargo, en el derecho de daños se lo toca en el sistema anglosajón por primera vez, bajo el rotulo de general deterrence (traducido como “prevención general”) y specific deterrence (traducido como “prevención específica”).¹⁴

La *prevención general*, asume la idea de que las personas toman decisiones y actúan de un modo tendiente a situarse en un estado agradable o más beneficioso. Por lo que la posibilidad de sufrir una sanción, puede ser vista como un ingrediente que toma menos deseable una situación. Induce a un comportamiento del sujeto acorde a derecho, es decir, evitando la posibilidad de enfrentarse al resarcimiento del daño.

¹⁴ Es conocida la dificultad en la traducción del término inglés deterrence.

La *prevención específica*, busca prevenir nuevos hechos dañosos del mismo autor, es decir, evitar la reincidencia procurando corregir, intimidar y el resarcimiento de daño por parte del responsable, privándole del dominio de decisiones, teniendo que acatar la decisión, resolución que el juez ha tomado respecto de la violación del derecho de la víctima.

I.II.III FUNCION DE DEMARCACION.

La función demarcatoria traza las fronteras entre los ámbitos de libertad de las personas, permitiendo a toda la sociedad saber cómo debe comportarse para no interferir en la libertad del prójimo. Establece los límites de actuación de los seres humanos en sus diferentes relaciones, evitando cuartar el correcto accionar de las demás personas.

Suzanne Carval, citado por López Herrera¹⁵, considera que esta función es originaria pero no exclusiva de la responsabilidad civil, porque es precisamente la que permite la elaboración de reglas de conducta, sin las cuales la vida en sociedad no sería posible, es decir busca delimitar, encausar las conductas de los hombres con la finalidad que estas no causen daño a otras.

I.II.IV FUNCION SANCIONATORIA.

Está relacionada con la función resarcitoria. Se vincula a la sanción y a la reparación integral, a través de los instrumentos sancionatorios y de reparación. Busca sancionar al autor de la conducta por la realización del ilícito.

Se encuentra desarrollada esta función en el sistema Anglosajón, preponderando el grado de intencionalidad del causante del daño, los daños que generan no solo en la víctima, sino también en la sociedad. Los países latinoamericanos, como Ecuador, Colombia, Chile, entre otros, se rehúsan a la aplicación de esta función. Incluso en Estados Unidos se habla ya de

¹⁵ LOPEZ HERRERA, Edgardo. "Introducción a la responsabilidad civil". Edición digital, p. 23

daños punitivos, tema que será abarcado más adelante. Lo reconoce el Dr. Gastón Fernández Cruz¹⁶, cuando precisa, *“A esta perspectiva¹⁷, se opone la mentalidad de corte anglosajón, que ha propugnado la aplicabilidad de los “punitive damage” o “daños punitivos” con lleva una clara función de castigo”*.

III.V FUNCION DISTRIBUTIVA.

Expresa López Herrera que la función distributiva, tiene lugar cuando la sociedad toma la decisión, mediante el establecimiento de una regla de responsabilidad objetiva, de permitir ciertas actividades lícitas, pero riesgosas o peligrosas y lesivas, sin que se deba demostrarse la existencia de la culpa. Importando únicamente que el sujeto de dicha actividad observe las normas que se han establecido, para evitar la producción del daño.

Un ejemplo claro de esta función es la implementación del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito en el Ecuador – SOAT, porque se han dado eventos que ponen en riesgo la vida y muchos otros derechos de las personas. El legislador se ha preocupado por precautelar los derechos tanto del conductor como del peatón frente a los posibles daños que puedan darse por diferentes circunstancias, por ello la necesidad de dicho seguro, ya que el riesgo no se encuentra dado un grupo de personas sino a la mayor cantidad de personas que pueden verse en dichas situaciones.

¹⁶ FERNANDEZ CRUZ, Gastón. “Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistemática. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law”, edición digital p. 26.

¹⁷ Refiriéndose a la negativa de una función sancionadora de la Responsabilidad civil.

I.III DAÑO: DEFINICIONES.

El daño, es uno de los elementos que da vida al derecho de daños, es la piedra angular de su existencia. El daño, es importante dentro de responsabilidad civil, ya que, lo que se busca reparar es efectivamente éste y la afectación tanto externa como interna de quien lo sufre.

Para empezar hablar del daño, es necesario primeramente tratar de definirlo, así en el Diccionario Jurídico Colombiano de Luis Fernando y Jorge Ignacio Bohórquez Buitrago¹⁸, se indica:

“el concepto más difundido de daño o perjuicio es el que lo considera como todo detrimento o menoscabo que sufra una persona en su patrimonio o en su persona física o moral”

El daño constituye el primer elemento de la responsabilidad, impone a la persona que lo haya cometido, al resarcimiento integral del mismo, en este caso no nos referimos a un perjuicio cualquiera, sino aquel que tenga consecuencias jurídicas.

En el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas de Torres, se manifiesta definiendo al daño *“en el sentido amplio toda suerte de mal material o moral. Más particularmente, el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro recibe en la persona o los bienes. El daño puede provenir de dolo, de culpa, o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o causalidad entre autor y el efecto. En principio, daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal, el culposo suele llevar consigo tan solo indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia.”*¹⁹

¹⁸ Luis Fernando y Jorge Iván Bohorquez Buitrago. Diccionario Jurídico Colombiano, Edit. Jurídica Nacional, Tomo I, pág. 571. Quinta Edición 2003

¹⁹ CABANELLAS, G. Diccionario jurídico elemental. Editorial Bibliográfica Omeba. Argentina, 1968, pag.88.

La opinión de la mayoría de tratadistas es que el daño no solo se refiere al menoscabo de un derecho, sino también a la lesión de cualquier interés cierto y legítimo de la víctima. Daño es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona, bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial.

Algunos autores, definen al daño en los siguientes términos.

Martin A. Frugoli define:

“El daño es un concepto unitario que abarca la lesión o lesiones y la resarcibilidad de la proyección o (como generalmente ocurre) proyecciones del menoscabo en la persona, producida o producidas por el hecho causa fuente de la obligación.”

Arturo Alessandri Rodríguez define:

“Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”²⁰

El código civil ecuatoriano no define el daño, pero si se refiere a él de forma expresa, dejando que sea la doctrina quien se ocupe de esta tarea.

Art. 2214 *“el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o el cuasidelito.”²¹*

²⁰ ALESSANDRI Rodríguez Arturo, “De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil”, Tomo I, Santiago de Chile, Imprenta Universal, 1987, núm. 138.

²¹ Código Civil.

I.III.I ELEMENTOS PRESENTES EN TODA DEFINICION DE DAÑOS.

1. **El daño supone la lesión sobre intereses lícitos, sobre situaciones jurídicamente protegidas, sobre derechos.**

Donde haya un detrimento a intereses ilícitos o ilegales, no hay daño aunque fácticamente se presente una reducción patrimonial, porque el ilícito no pertenece al patrimonio, no pertenece a la persona, así el daño solo es tal cuando vulnera intereses lícitos.

2. **Existe un derecho de acción. El daño otorga el derecho subjetivo de accionar judicialmente su reparación.**

Esto responde al esquema:

Lesión	Acción	Reparación
--------	--------	------------



El daño jurídicamente dicho, supone la lesión a un derecho o interés lícito generando un derecho subjetivo que permita la posibilidad de accionar para efectos de obtener la reparación, y si no se logra, sencillamente no habido el interés de reclamar el resarcimiento íntegro del mismo.

Finalmente para estar frente a un daño resarcible debe ser:

- **cierto** (El perjuicio es real cuando aparece con evidencia que la acción lesiva ha producido o producirá disminución en los bienes jurídicos de la víctima. Es cierto, cuando a los ojos del Juez, existe certeza de su producción),
- **directo** (debe ser consecuencia inmediata de una acción u omisión, es decir de una conducta humana contraria a derecho que afecte a un sujeto en sus interés legítimos tutelados por el derecho),

- **actual** (que el daño exista al momento de ser exigido por vía judicial su reparación), y;
- **antijurídico** (es decir contrario a derecho, que vulnere derechos protegidos por las normas del ordenamiento jurídico es decir el daño antijurídico es aquel que la persona no está obligado a soportarlo).²²

En otras palabras, es preciso concluir que la constatación del daño, no genera de forma automática su reparación integral, sino que más bien hace necesario que este revestido de antijuridicidad. Según Enrique Gil Botero (2014) “será la nota de antijuridicidad un factor importante en la determinación de si la persona se encontraba compelida a tolerar – desde el derecho de daños- la restricción de un determinado derecho, bien o interés legítimo”.

La antijuridicidad se convierte en un requisito sine qua nom, es decir que *“la víctima no se encontraba compelida a soportarlo porque así no se lo imponía el ordenamiento jurídico. En otro términos, la antijuridicidad del daño se aprecia desde una perspectiva dual o bifronte, ya que no solo hace referencia a que (i) se constate que la lesión afecto o altero un derecho que la víctima no tenía el deber jurídico de tolerar sino que de igual forma, (ii) que la lesión apunte a un interés legítimo ya que si este es de contenido ilícito no se podrá predicar la connotación de antijurídico”*.

“En ese orden la antijuricidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material: el primero se evidencia con la simple constatación de la transgresión a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración en los

²² El Daño. JUAN CARLO HENAO PEREZ. Universidad Externado de Colombia. 2009

derechos de un tercero, aspectos que debe estar presentes para que el daño sea indemnizable.”²³

LIV CLASES DE DAÑOS SUCEPTIBLES DE REPARACION.

Consiste básicamente en establecer una clasificación de las principales formas en que se presenta el perjuicio o daño. En otras palabras, es establecer, ordenar y distribuir el daño según los bienes jurídicos que afectan.

1. Daño Patrimonial
2. Daño Extrapatrimonial

Esta división, surge por la naturaleza económica o no del bien, o derecho lesionado, de modo que si el derecho lesionado tiene un valor de cambio equivalente a dinero, estaríamos frente a un daño de tipo pecuniario, mientras que aquellos derechos que no tengan valor de cambio, serán considerados como daño extrapatrimonial o no pecuniario.

Si bien ya es de nuestro conocimiento, que el daño se clasifica en daño patrimonial y extrapatrimonial, esto es, precisamente por la vulneración de los derechos patrimoniales en el primero supuesto y derechos extrapatrimoniales en el segundo caso.

Las investigaciones realizadas determinan que los derechos patrimoniales, se caracterizan por ostentar un contenido de índole económico, ya que estos otorgan una utilidad para su titular, que puede ser apreciada en dinero, es decir son susceptibles de presentar un valor pecuniario, y, a través de esta característica logran contraponerse a los derechos extrapatrimoniales. Al suscitarse una vulneración sobre un derecho de naturaleza patrimonial este ha de ser producido, por una lesión, por un menoscabo, o por un agravio que afecte de manera directa el bien objeto

²³ Enrique Gil Botero (2014). *“Constitucionalización del derecho de daños. Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado”*. Editorial Temis. Colombia. Pag.28.

de derecho, destruyéndolo o afectándolo de manera total o parcial, alterando el patrimonio del sujeto titular del bien. (Abarca 2011; García 2005; Zannoni 1987)

Los derechos extrapatrimoniales, es el conjunto de bienes jurídicos, que se caracterizan por ser carentes de apreciación económica, son valores de naturaleza subjetiva que tiene como principal peculiaridad la ausencia de valoración pecuniaria, sin embargo pese a no poder ser cuantificado económicamente poseen una gran transcendencia social, cultural y moral. (Abarca 2011; García 2005; Zannoni 1987)

DAÑO PATRIMONIAL.

Podemos distinguir al daño emergente y lucro cesante, esta clasificación es muy antigua viene ya dada desde el derecho romano. El Código Civil Ecuatoriano en el artículo 1572, incorpora estos dos rubros en la norma jurídica al prescribir que:

Art. 1572: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento.”

Exceptuándose los casos en que la ley se limite a ella.”

DAÑO EMERGENTE.

Para el Dr. Javier Tamayo Jaramillo²⁴ define al daño emergente como: *“se da cuando el bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima.”*; así también lo hace respecto del lucro cesante, *“este se presenta cuando un bien económico que debía*

²⁴ TAMAYO Jaramillo Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I. Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado.

ingresar al patrimonio de la víctima en el curso normal de los acontecimientos no ingreso ni ingresara”

Lombana Tamayo (1998)²⁵ lo define:

“Es la perdida que sufre la victima bien sea por el incumplimiento del contrato – en el terreno de la responsabilidad contractual- o por el daño que le ocasiono el delito o cuasidelito - en el campo de la responsabilidad extracontractual”.

LUCRO CESANTE.

“Es la privación de ganancia fundada o que razonablemente habría obtenido el acreedor si el deudor hubiera cumplido.”²⁶

También, según la doctrina española el lucro cesante es la *“ganancia que deja de obtener o pérdida de ingresos... este daño tiene en su propia naturaleza una dosis de incertidumbre pues la realidad es que no se llegó a obtener la ganancia, por eso hay que manejarse en términos de cierta probabilidad objetiva (como en el caso de los contratos aleatorios), de acuerdo con las circunstancias concretas para evitar que bajo este daño pretenda el perjudicado obtener la compensación por perdidas que nunca se hubieran producido.”²⁷*

El autor Santos Briz señala que el fundamento del lucro cesante está en la *“necesidad de reponer al perjudicado, en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido”*

²⁵ LOMBANA Tamayo, “Manual de Obligaciones”, Bogotá-Colombia, Editorial TEMIS S.A., 1998, pag. 41.

²⁶ ALESSANDRI Arturo, SOMARRIVA Manuel, VODANOVIC Antonio, “Tratado de las Obligaciones”, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pag. 255

²⁷ REGLERO CAMPOS, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Thomson – Aranzadi, Navarra. 2008, Tomo I, pags. 330/332

Estos son algunos de los conceptos dados por doctrinarios, estudiosos del derecho que hacen más sencillo el entendimiento de estas figuras jurídicas. Llego a la conclusión, de acuerdo a la doctrina italiana que estas dos figuras (daño emergente y lucro cesante) no constituyen criterios para la determinación y apreciación del daño a los fines del resarcimiento, únicamente sirven para identificar los perjuicios como aspectos del daño resarcible.²⁸ La diferencia entre estos dos elementos del daño está en el hecho de que la pérdida sufrida corresponde a la sustracción de un valor que ya existía en el patrimonio del perjudicado, mientras que el lucro cesante corresponde a las nuevas utilidades que el perjudicado habría presumiblemente conseguido si no se hubiera verificado el hecho ilícito o el incumplimiento.

DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

Juan Carlos Henao (2009), en su obra *“El daño”* establece que el daño extrapatrimonial *“Son aquellos perjuicios que se derivan de la lesión sobre derechos que no tienen valor de cambio, es decir, que no tienen valor equivalente a dinero. Son indemnizables a pesar de no tener contenido pecuniario.”*

Comprende dentro de esta clasificación el daño a la persona y el daño moral.

DAÑO A LA PERSONA.²⁹

Es el resultado de la combinación del perjuicio material con el moral. Se puede lesionar cualquiera de los aspectos que componen al ser humano, ya sea que afecte directa y primariamente al cuerpo o que lesione primaria o directamente a la psique. Todo lo que agrava o perjudica al cuerpo repercute en alguna manera, en la psique y, a su vez todo lo que lesiona la psique, también en cierta medida daña al cuerpo.

²⁸ Giovanna VISENTINI, Tratado de la Responsabilidad Civil, T. 2, p. 206, Astrea, Buenos Aires, 1999.

²⁹ FERNANDEZ, SESSAGERO (1993) “Hacia un nueva sistematización del daño a la persona”. Cuadernos del Derecho. N° 3, pág. 28 y sgts.

El daño a la persona tiene como primordial finalidad mostrar, lo más claro posible los diversos aspectos del ser humano que pueden ser lesionados como consecuencia de un evento dañoso, así como también determinar los criterios y técnicas de reparación adecuadas a las circunstancias.

DAÑO MORAL.

Barragan Gil (2008), señala que el ámbito de las relaciones sociales es casi ilimitado, el daño moral es una figura que se encuentra vigente y por esta razón es necesario definirla como:

“toda conducta del hombre, que causa agravio a una persona determinada, vulnerando uno o más derechos extrapatrimoniales de su titular, generando la obligación de reparar tal agravio, sin desconocer que en muchos casos las lesiones producidas sobre derechos extrapatrimoniales, pueden llegar afectar el patrimonio.”

En la obra *“El daño en la responsabilidad civil”* de Zannoni,³⁰ el autor recepta lo que para Alesandri el daño moral es:

“El que proviene de toda clase de acción y omisión que puede estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en último término todo aquello que signifique un menoscabo de los atributos o facultades morales del que sufre el daño.”

Esta noción se desarrolla en los siguientes presupuestos, i) la naturaleza del interés lesionado y, ii) la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

Son daños de esta clase, el dolor o sufrimiento que experimenta un sujeto con una difamación, con su prestigio, el menosprecio, la deshonra, el atentado a sus creencias, con su detención o

³⁰ ZANNONI, E. A. (1987). “El daño en la responsabilidad civil”. Buenos Aires, pág. 287.

prisión arbitraria e ilegal, con su procesamiento, con su rapto o violación, con la muerte de un ser querido, etc.

Para los hermanos Mazeaud *“la responsabilidad moral es una noción puramente subjetiva; para saber si una persona es moralmente responsable, hay que examinar su estado espiritual...”*. Desde el instante en que la conciencia de un individuo reprueba su actitud, es moralmente responsable, poco importa el resultado: un perjuicio no constituye un requisito necesario de la responsabilidad moral.

Sin embargo, *“el derecho no resarce cualquier dolor, humillación, o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido, humillado, el padeciente o afligido tenía un interés reconocido jurídicamente.”*

Muchos autores como Zannoni (1987), tratan al daño moral clasificándolo en directo e indirecto, según la naturaleza de los intereses jurídicos afectados. Directo *“si lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial (...), es decir afecta a un bien jurídico contenido en cualquiera de los derechos de la personalidad: la vida, la integridad corporal, la intimidad, el honor, la propia imagen”*. Indirecto *“si la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, produce, además, el menoscabo a un bien no patrimonial”*

El Código Civil Ecuatoriano, ha regulado el daño moral, su forma de reparación, a quienes les correspondería ejercer la acción de reparación por el daño causado, la prescripción para ejercer esta acción. Esto lo encontramos en las disposiciones jurídicas contenidas en los Artículos 2232, 2233, 2234, 2235 del Código Civil.



CAPITULO II

RESPONSABILIDAD CIVIL.

II.1 BREVE RESEÑA HISTORICA.

Según la evolución histórica podemos considerar que en la actualidad, la responsabilidad civil y penal se encuentra separadas en la mayoría de sistemas jurídicos del mundo. Sin embargo, no siempre estuvieron separadas.

En las primeras civilizaciones humanas no podemos hablar precisamente de responsabilidad civil como tal, más bien, el ser humano siendo primitivo y organizado mediante clanes o tribus, la fuerza fue el primer instrumento para poner orden, y muchas las veces las controversias terminaban con la muerte de uno de los adversarios. La venganza fue el primer instinto que experimento la victima frente al daño³¹. El código de Hamurabi, dictado 23 siglos antes de Cristo, se estableció: “*Si un hombre rompiere a otro un hueso, se le romperá a él un hueso*”, “*Darás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente y golpe por golpe*”³², quedando ejemplificado la venganza como mecanismo de defensa de la víctima.

Con la aparición del Estado, se considera que irrogar daño configura un delito, que vino a ser legislado por el Derecho Romano, según los datos históricos.

La expresión “responsabilidad civil” no fue utilizada en Roma, sin embargo, para entender a qué se refiere dicha expresión es necesario recurrir a la etimología de este vocablo, cuya raíz es *spondere*, teniendo como acepción prometer, comprometerse, ligarse como deudor. *spondere* deriva de *respondere* y ésta a su vez de *responsus*, *responsum*, que etimológicamente nos lleva a la idea de responsabilidad vinculada a una relación jurídica preexistente.

³¹ Henri y león Mazeaud y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil, parte Segunda, Volumen II, La responsabilidad civil, los cuasicontratos*, Traducción Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1960, Pág. 14, en adelante.

³² Gilberto Martínez Ravé, *Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*, Biblioteca Jurídica Dike, Novena edición, Colombia 1996, pág.45, 46.

La responsabilidad civil empieza a perfilarse, cuando la autoridad comenzó a calificar el hecho dañoso para fines de resarcimiento. Es así que en Roma, se distingue delicta privata y delicta pública, según sea que afecte a la propiedad o a la persona de los particulares, pero sin turbar el orden público, según las prescripciones de la ley de las XII Tablas y de la Ley Aquiliana. Esta responsabilidad que se perfilaba como una responsabilidad personal, paso a ser una responsabilidad patrimonial. La responsabilidad civil no requirió de la tipificación del hecho dañoso para su resarcimiento, mientras que la responsabilidad penal, era necesario su tipificación según así lo expresaba la máxima romana *nullum crimen sine lege nulla poena sine lege*.

En el Derecho Romano se generaron obligaciones de resarcir o de reparar sustentadas en el *quasidelicto*, así también, se regularon aquellas obligaciones que nacían de obligaciones previamente contraídas, cuyo incumplimiento o inejecución se debían a la culpa o dolo de quien debía cumplir con la obligación previamente contraída.

Lo ocurrido en el derecho romano, se estableció en Francia como regla general de reparación de todo daño causado por culpa, ideas que fueron tomadas para la redacción del Código Civil Francés por Domat y Pothier, logrando establecer una clara diferencia entre responsabilidad civil y penal, tomando en consideración las bases aportadas por los jurisconsultos romanos. Ésta situación no estaba presente en el derecho romano, sin embargo, la historia atribuye a la ley de las XII Tablas el origen de la responsabilidad contractual y, a la Ley Aquiliana, el de la responsabilidad extracontractual.

El Código Civil Francés, fue un sistema de normas jurídicas caracterizado por la atipicidad del ilícito, centrado en la culpa y con dualidad de regímenes contractual y extracontractual, en otras palabras el derecho francés otorga a la culpa la categoría de elemento de la responsabilidad civil, que no había tenido en el derecho romano.

Debo manifestar que la responsabilidad civil, se consagra como uno de los temas más importantes dentro del derecho civil, dando lugar a la creación del Derecho de Daños, provocando la evolución de los principios clásicos de la responsabilidad civil. Por esta razón es que la historia de estas dos expresiones se encuentra ligada al derecho romano.

II.II ALTERUM NON LAEDERE.

El **alterum non laedere**, es un principio rector de la responsabilidad civil, es aquel que gobernaba la convivencia humana de los romanos, desde sus inicios. Los Romanos establecieron tres principios fundamentales *honeste vivere* (vivir honestamente), *summ cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo), y el que es materia de nuestro estudio *alterum non laedere* (no dañar al otro).

Es como la noción misma de derecho, teniendo únicamente sentido su existencia en la vida en sociedad, porque el daño que alguien se produce a sí mismo, no estaría dentro de los alcances de este principio de responsabilidad civil. Así por ejemplo, aquel que atento contra su vida, quedando gravemente herido o provoco su muerte, o contra sus bienes, no formaría parte de la aplicación de este mandato de optimización.

Este principio de antigua data, hace posible que frente a la conculcación de derechos se establezca una sanción que consiste en la obligación jurídica de compensar el daño causado por el responsable de hecho ilícito.

Cerutti (2011)³³, mira a éste principio como un principio implícito dentro del ordenamiento jurídico. Su idea es que el no dañar debe ser tomado como una norma implícita en los ordenamientos jurídicos que comparten ciertas normas explícitas.

³³ Cerutti, María del Carmen, 2011: Derecho de daños. Análisis de algunos problemas conceptuales. Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. pp 242-252.

Cerutti aplica el concepto kelseniano, en donde Kelsen³⁴ considera necesario recordar, el concepto de sanción, mencionando que este es primigenio, en el sentido de que nos permite definir los demás términos; la acción ilícita es aquella a la cual el sistema jurídico imputa una sanción; el deber es la conducta contraria al ilícito, es decir, aquella que su no realización por parte de un sujeto, evitaría la aplicación de la sanción; el responsable es el sujeto al cual va dirigida la sanción.

Así en el caso ecuatoriano, el Código Civil establece en el Art. 2214: *“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, ésta obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”*.

También en el Art. 2229: *“Por regla general todo daño que se pueda imputarse a la malicia o negligencia de una persona debe ser reparado por ésta”*.

Por lo tanto aplicando los conceptos dados por Kelsen y tomados por Cerutti, estas normas jurídicas establecen una sanción para quien dañare a otro, dañar es una acción ilícita y , por consiguiente, el deber implícitamente impuesto por estas normas es la no realización de la conducta contraria , es decir, no dañar.

De esta manera, siempre que haya una acción ilícita tenemos el deber jurídico de evitarla, y sabemos que el ordenamiento jurídico sanciona la causación de daños, la acción de dañar es ilícita, entonces la conclusión es que ésta norma jurídica civil dispone un deber de no dañar, a pesar de que la norma jurídica haga referencia a la indemnización de los daños causados, más no al principio de forma expresa.

Por esta razón no podemos negar la existencia y vigencia de éste principio de origen romanista.

A su vez, este principio se encuentra incorporado en la práctica a través de la interpretación

³⁴ Kelsen, Hans, 1960: *Reine Rechtslehre*. Viena, Franz Deuticke Verlag. Citado por la traducción castellana de Roberto Vernengo, 1979, *Teoría pura del derecho*. México, Universidad Autónoma de México. pp. 123-138.

de los cuerpos normativos, ya que no es explicable ni razonable llegar a un juicio de responsabilidad por el daño cometido, sin presuponer un deber de no dañar.

Bueres (1991) expresa: *“la prohibición de no causar daño es un principio general del derecho que se puede inducir de numerosas normas”*. Esto lo reafirma la doctrina española señalando en similares palabras que el *Alterum non Laedere* ilumina la responsabilidad civil y lo ubica como subyace en el ordenamiento jurídico. También, Ossola (1997), se refiere como un precepto que, desde su formulación en la Instituta, ha iluminado a todos los ordenamientos jurídicos posteriores y que si bien el principio de libertad es la regla general reconoce excepciones o restricciones como la de no causar daño a otro.

En la actualidad este principio tiene real importancia dentro del derecho de daños, puesto todo daño causado a otro se presume antijurídico, salvo que un sujeto proceda al ejercicio regular de un derecho o que medie causa de justificación. Éste principio es genérico, en el sentido de que se aplica a todas las relaciones de los sujetos de derecho con independencia de que hayan o no estipulado las pautas de su conducta recíproca, rige por el mero hecho de la convivencia social, es el fundamento del ordenamiento jurídico y la consecuencia a su violación genera la responsabilidad civil como sanción.

II.III FUNDAMENTOS FILOSOFICOS.

Algunos estudiosos del derecho civil, no suele mostrar interés en los fundamentos filosóficos de la responsabilidad civil, según lo expresa el Dr. Edgardo López (2006), autor de la obra *“Introducción a la Responsabilidad civil”*.

Sin embargo, dan un sólido basamento a la obligación de reparar, la justicia conmutativa y la justicia distributiva.

Esto ha motivado la preocupación de juristas del Common Law, como por ejemplo el Profesor del Chicago – Kent College of law, Richard Wright³⁵, dos son las grandes teorías monistas que cimienta el derecho de daños sus bases. La primera, una teoría utilitaria, que deriva de las enseñanzas de Jeremias Benthan y Stuart Mill, para quienes la norma principal de maximizar el bienestar social agregado, se aplica al derecho de daños imponiéndole como fin la eficiente compensación y disuasión. Para los utilitaristas el bienestar individual puede y debe ser sacrificado cuando haciéndolo se produzca una suma total de más alto bienestar agregado. Un ejemplo claro de aquello lo encontramos, en los daños que se producen por actividades riesgosas, ya que se merma la indemnización no integral que reciben justificándose por la suma de bienestar general que se produce por los beneficios del desarrollo de estas actividades. En estos casos la responsabilidad civil funciona como un instrumento de redistribución de riqueza, como un seguro, aplicando la función distributiva del derecho de daños.

La segunda teoría, es la teoría Aristotélica Kantiana del derecho o la justicia, basada en la igual libertad de todos los hombres. Según esta filosofía, el derecho de daños tiene como fin no una eficiente compensación sino una justa compensación y disuasión. Para Kant (La doctrina del derecho), se enfoca hacia el aspecto externo del ejercicio de la libertad y tiene como principio a la máxima *“actúa externamente de manera que el uso de tu libertad coexista con la libertad de todos en concordancia con una ley universal”*.

La concepción Aristotélica, es similar a la de Kant, es igualitaria y basada en la igualdad absoluta de la dignidad de todos los hombres por el solo hecho de ser seres racionales libres. Aristóteles es el creador de las expresiones conmutativa o correctiva y distributiva para designar a los dos tipos de justicia. La justicia distributiva que hace referencia a la interacción

³⁵ Wright, Richard W, “Rigth, Justice and Tort Law”, publicado en Moral Foundations of the law of Torts, Oxford University Press, 1995.

de los individuos y el Estado, y se basa en la condición de las persona como integrante de la comunidad, abarcando potencialmente a todos los individuos, en donde los recursos y bienes existentes en la comunidad deben ser distribuidos de manera igualitaria en proporción al mérito o las necesidades. En materia de daños es aplicable a muchas situaciones, así por ejemplo, quien causa un daño a otro por incurrir en actividades riesgosas pero socialmente útiles, debe responder de los daños que causa aunque no se demuestre su culpa.

La justicia conmutativa, tiene que ver con la interacción entre individuos sin tener en cuenta su posición relativa en la sociedad, méritos, riqueza o poder. Si una persona amenaza los recursos de otra a través de una acción que es incompatible al principio de libertad e igualdad, la segunda tiene derecho a un reclamo contra la otra. Con diferencia de la justicia distributiva, la conmutativa da derecho al individuo a que nadie interfiera en sus derechos, esta justicia se relaciona con la función compensatoria del derecho de daños.

El punto de encuentro entre estas dos justicias, con la teoría Kantiana es que todas parten de la absoluta igualdad y libertad de los hombres, ya que la libertad y la igualdad es uno de los principios rectores del derecho privado. En otras palabras nace la autonomía de la voluntad como aquella facultad que el ordenamiento jurídico vigente en un Estado, otorga a las personas para disponer libremente de sus bienes e intereses generando un efecto vinculante, cuyos límites tradicionales serán el orden público y las buenas costumbres.

Por otro lado, José Alfredo Lovon Sánchez, en su obra “Responsabilidad de los Jueces”, explica el fundamento de la responsabilidad civil, mencionando que éste es muy próximo al del derecho mismo, esto es, el de la defensa de la legalidad y de la justicia. Perineo Facio³⁶, sostiene que el sistema actual de responsabilidad civil según como se encuentran legislados los códigos su

³⁶ PERIANO FACIO, Jorge., pág. 25-26.

fundamento está en la propia naturaleza del derecho positivo, ya que el derecho positivo debe sancionar el principio de la responsabilidad civil pues de otro modo estaría condenándose así mismo a la destrucción. Si la Constitución y ley no obligara a reparar el daño causado a una persona, resultaría que el propio derecho estaría autorizando el mantenimiento de conductas injustas, creando desequilibrios patrimoniales injustos, es decir no queridos por el derecho.

II.IV REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Para hablar de los requisitos de la responsabilidad civil, es necesario definirla como un conflicto entre dos personas, una de la cuales es titular del crédito y otra la que debe reparar el daño. Así también, Henry León y Jean Mazeaud (1960)³⁷, definen al responsable como la *“persona que está obligada a reparar el daño sufrido por otra”*.

Arturo Alessandri considera que la responsabilidad jurídica *“es la que proviene de un hecho o una omisión que causa daño a otro o que la ley penal por ser contrario al orden social”*. Para Arturo Alessandri la responsabilidad civil *“es la que proviene de un hecho o de una omisión que causa daño a otro. Puede ser contractual, delictual, cuasidelictual o legal...”*

Bejarano Sánchez (1998) define a la responsabilidad civil como *“la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro, por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo”*

La responsabilidad civil, de acuerdo a estas definiciones consiste en una obligación que tiene una persona de resarcir los daños causados a otra persona, por una conducta contraria a derecho, a las buenas costumbres, o por un riesgo creado.

El Código Civil hace referencia a la responsabilidad civil, de manera indistinta en su articulado.

Es una obligación civil, la que nace de un delito o cuasidelito que han inferido un daño a otro;

³⁷ MAZEAUD, Henry et al., Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, 5ª. Ed., Argentina, Ediciones Jurídicas Europa- América, t. I, p. 167, 292.

que puede imputarse a la malicia o negligencia en el accionar de una persona; que genera el deber reparatorio para quien ocasiono el daño; y que da derecho a exigir su cumplimiento tanto al causante como a sus herederos. (Código Civil Art. 1486, 2184, 2214, 2229)

Para identificar los elementos o requisitos de la responsabilidad civil, es necesario acudir a la doctrina. Según Galindo Garfias son tres los elementos o requisitos para que pueda surgir la responsabilidad civil:

1. Un hecho ilícito.
2. La existencia de un daño.
3. Un nexo de causalidad entre el hecho y el daño³⁸.

Sin embargo, existen autores como Antonio Gullón y Luis Diez – Picazo que añaden un elemento más, la existencia de un criterio que permita imputar dicha responsabilidad al demandado. Este criterio es el de la culpa.³⁹

Entonces, con el aporte doctrinario podemos concluir que los requisitos para que surja la responsabilidad civil, son:

Hecho.

Es aquella acción u omisión lesiva o ilícita que provoca un perjuicio. La conducta ilícita, conlleva la voluntad de transgredir la norma, es decir, se sabe que hay la posibilidad de ocasionar un daño y aun así se actúa.

Javier Tamayo Jaramillo (1999), establece que se trata de un hecho ilícito, ya que una persona con su acción u omisión realiza conductas que están prohibidas por el orden jurídico. Ese ilícito podrá consistir ya sea, en el incumplimiento de un contrato previamente celebrado, o del

³⁸ Galindo Garfias, Ignacio, pg. 2826.

³⁹ Diez- Picazo, Luis y Gullon, Antonio (2001), pg. 591, 287.

incumplimiento de obligaciones que surgen de un cuasicontrato, o de la ley, o aquellas que surgen de un delito, o de cuasi delito.

En efecto, podemos entender por acción cualquier actuación positiva (un hacer) que provoca de forma mediata o inmediata, el daño que debe indemnizarse. Para Díez- Picazo la omisión *“solo es fuente de responsabilidad si existe un especial deber legal o negocial de obrar, aunque con independencia en materia civil de que ocupe la posición de garante”*

Tanto en la acción u omisión debe cumplir con la antijuridicidad, que implica transgredir un mandato normativo, debe ser un acto voluntario, realizado con discernimiento, intención y libertad.

Perjuicio.

El daño constituye en primer lugar uno de los presupuestos de la obligación de resarcir. El daño es el detrimento, lesión o menoscabo que se genera a un derecho o interés lícito de una persona, por esta razón el perjuicio debe cumplir con ciertas características que le permitan obtener la reparación al titular del derecho.

Si no existe daño, se descarta la existencia de responsabilidad civil.

Nexo de Causalidad entre el hecho y el daño.

El nexo causal es la relación, el vínculo que debe existir entre el hecho y el daño. Si no hay nexo de causalidad no hay responsabilidad civil, exige una relación de causa- efecto.

Es un elemento necesario, pues la relación entre la conducta antijurídica y el daño causado a la víctima, de no darse no surgiría la obligación de indemnizar. En consecuencia debemos decir que el daño causado debe ser producto de la conducta antijurídica o del hecho ilícito del autor para que se configure un supuesto de responsabilidad civil ya sea en el campo contractual o extracontractual.

Culpa.

La culpa, es uno de los requisitos más complejos y determinantes dentro de la responsabilidad civil. Para que exista responsabilidad civil es necesario que el hecho dañoso, contrario a la ley sea imputable a una persona la cual se demanda la reparación.

Según nuestra legislación debe mediar el dolo o la culpa del autor del hecho ilícito. Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental, define al dolo como: *“Engaño, fraude, simulación. (Dic. Acad.). En derecho civil.- voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias o sutilezas o de ignorancia ajena, pero sin intervención ni de fuerza ni de amenazas constitutivas una y otra de otros vicios jurídicos. Incumplimiento mal intencionado de las obligaciones contraídas, ya sea por omisión de prestaciones, mora en el pago o invocaciones unilaterales”*.

Así, en el Art. 29 del Código Civil en su inciso final, nos trae un concepto de dolo: *“El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad del otro”*. En el mismo artículo en el inciso segundo, se determina que la culpa grave equivale en materia civil al dolo”.

Por otro lado, la culpa según Pérez Vives (1953) en su obra “Teoría de las Obligaciones”, define a la culpa como: *“Un error de conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias externas en que obró el autor del daño.”*

La culpa es la falta de cuidado o diligencia que tiene una persona cuando realiza un acto.

II.V CLASIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Durante nuestra vida académica y cotidiana hemos escuchado hablar de clasificaciones, sin embargo muchas de las veces no entendemos que es una clasificación.

Clasificación proviene del latín classis, que significa grupo o clases, y del verbo facere, que quiere decir hacer. Por lo tanto significa hacer grupos o clases.

La responsabilidad civil, de acuerdo a la Doctrina Contemporánea se clasifica en dos clases, según de donde provenga, es decir, esta clasificación es dada por el origen de las obligaciones. Cuando emana del incumplimiento de un contrato, se reputa responsabilidad contractual y cuando entre las partes no media ningún tipo de negocio jurídico, será responsabilidad extracontractual.

II.V.I RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD EXTRAContractual.

Nuestro código civil diferencia entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual según lo prescrito en el Art. 1453:

“Las obligación nacen, ya de concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de una hecho que inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

II.V.I.I RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

Es aquella responsabilidad civil que genera la obligación de reparar los daños y perjuicios provenientes del incumplimiento, o del retraso en el cumplimiento, o del

cumplimiento defectuoso de la obligación pactada en un convenio, es decir, es necesario la existencia de una relación anterior entre el autor del daño y quien lo sufre, y que el perjuicio haya sido provocado con ocasión de dicha relación.

Dentro de la responsabilidad contractual es coherente dejar claro que; el incumplimiento puede ser hacia una obligación proveniente del contrato anteriormente celebrado; o, también no solo aquella emanada del contrato sino también de la ley. Los sujetos que interviene en esta relación pueden ser personas naturales o jurídicas.

Barros (2008)⁴⁰, autor chileno manifiesto: *“la obligación principal que nace de un contrato consiste en cumplir lo convenido, de modo que la obligación indemnizatoria surge sólo una vez que el deudor ha incumplido esa obligación contractual. La responsabilidad contractual es un remedio que el derecho confiere al acreedor para hacer frente al incumplimiento de lo pactado”*.

La ley atribuye un efecto obligatorio a lo pactado o celebrado válidamente entre dos sujetos, determinando el alcance de las obligaciones que recíprocamente se establecen. Frente al incumplimiento, surge la necesidad de quien sufrió el daño la exigencia de reclamar pues afecta a su interés individual, ya que se buscaba obtener un beneficio con la obligación estipulada.

Las obligaciones contractuales surten efectos jurídicos al momento de celebrar y suscribir el mismo, asumiendo las consecuencias que por ley hacen de las mismas, los contratos son ley para las partes.

⁴⁰ BARROS, B. (2008). “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”. Imprenta Manual Ltda. Chile. p. 20

II.V.I.II RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

Es aquella en la cual no existe ningún vínculo jurídico entre las partes, pero de darse un hecho dañoso y cause un perjuicio, la víctima debe ser indemnizada. La relación de responsabilidad extracontractual nace en el momento que el autor ha causado un daño, y debe asumir las consecuencias del mismo a pesar que no exista vínculo predeterminado.

La responsabilidad extracontractual nace del dolo o la culpa, pero no existe vínculo jurídico anterior al hecho dañoso.

Según la doctrina existen dos clases de responsabilidad extracontractual:

Responsabilidad Subjetiva:

Esta responsabilidad implica la existencia de una acción u omisión ilícita, generando con ello un daño a una persona determinada de manera culposa, es decir que haya actuado con culpa, dolo, de forma negligente o con impericia. Se basa en un proceder culposo o doloso, del sujeto que provoco el daño, dando origen a la reparación a favor del afectado.

Es necesario, demostrar y probar de manera obligatoria que el daño provocado fue en razón de la culpa o dolo por parte del sujeto.

Responsabilidad Objetiva.

También es llamada responsabilidad por riesgo creado. No es necesario establecer una calificación de culpa, es decir, se apoya en el ideal objetivo como es el hecho de causar daño por la utilización de un objeto peligroso que crea un estado de riesgo para los demás. Su fundamento está en el riesgo que supone el desarrollo de estas actividades, siendo innecesario probar el dolo o la culpa.



No interesa si la conducta es ilícita, basta que se pruebe que por el uso de un objeto peligroso se produjo el daño a una persona, pero ciertamente debe existir nexo causal, para así poder exigir a la administración de justicia la reparación integral del daño.



CAPITULO III

MEDIOS DE REPARACION.

III.1 DIVERSOS SIGNIFICADOS DE LA EXPRESION PRINCIPIO.

La Constitución de 1998, brindó un avance considerable a la parte dogmática de la misma, pues incluyó principios de carácter general, que serían útiles para interpretar los derechos y así poder aplicarlos en las relaciones humanas. Sin embargo es necesario conceptualizar un principio.

Ramiro Ávila Santamaría, cita al autor R. Alexy en su obra “La Constitución del 2008 en el Contexto Andino” (2008), sostiene que *“los principios son mandatos de optimización. Por lo tanto al considerarse mandatos, se refuerza la idea de que son normas jurídicas y, como tales deben ser aplicadas. Por otro lado, al decirse que son de optimización, quiere decir que su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad”*.

Un principio es una norma ambigua, general y abstracta. Ambigua, porque es necesario interpretarla y recrearla, no da soluciones determinantes sino más bien parámetros de comprensión. También es ambigua porque no tiene una hipótesis de hecho, no determina obligaciones o soluciones. Alexy citado por Ramiro Ávila Santamaría, afirma que los principios proporcionan un *“haz de posibilidades”* para la persona que interpreta o aplica el derecho.

Es general, ya que rige para todas las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, a pueblos o nacionalidades, y finalmente es abstracta porque permite iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica o para cualquier situación fáctica, careciendo de concreción. Ayuda de forma decisiva a valorar el sistema jurídico.

Ronald Dworkin⁴¹, usa el término principio en el sentido genérico, para referirse a *“todo el conjunto de estándares, que no son normas entendidas como reglas, que apuntan siempre a decisiones exigidas por la moralidad o impelentes de objetivos que han de ser alcanzados.”*

Manuel Atienza⁴² dice que son *“normas de carácter muy general que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político, etcétera, o bien exigencias de tipo moral”*.

Los principios los encontramos principalmente en la Constitución y en el resto del sistema jurídico, ya en normas internacionales, ya en normas infra constitucionales.

Ahora bien, es necesario saber, si al hablar de reparación integral nos estamos refiriendo a un principio o a una regla de aplicación frente a los daños causados a las personas. Considero que la reparación integral actúa como principio y derecho, siendo la base fundamental dentro de la responsabilidad civil, sin embargo, a pesar de no ser una regla es obligatorio para todos los jueces en sus decisiones buscar los mecanismos y medios adecuados para alcanzar el restablecimiento de los intereses afectados de las víctimas, siendo imperante hacer uso de todos los medios que estén a su alcance, ya sea que se trate de daños patrimoniales o extrapatrimoniales.

La reparación integral surge como consecuencia jurídica de la vulneración de un derecho, es un principio no solamente constitucional sino un principio rector de carácter internacional. Este mandato de optimización de las garantías constitucionales profundiza su alcance y maximiza la protección de los derechos que poseen trascendencia tanto internacional como constitucional, orientándose a una justicia restaurativa.

⁴¹ Ronald Dworkin: Los derechos en serio, Barcelona: Ariel, 2002

⁴² Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: “Sobre principios y reglas”, en Doxa, n.o 10, 1991, p. 104

III.II CONCEPTO DE REPARACION INTEGRAL SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La Organización de Estados Americanos, OEA, es una organización internacional que tiene su origen en la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en la ciudad de Bogotá-Colombia en el mes de Abril de 1948. En esta conferencia se dictó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, donde cada Estado parte debe respetarlos y garantizarlos.

La OEA, considerando que los derechos no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, se convoca a la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria en 1967 en la cual se aprueba la incorporación de más derechos a la carta constitutiva de la organización y también que una convención interamericana determine la administración de Justicia Internacional. De esta manera surge el Pacto de San José de Costa Rica (1969), constituido por tres partes; la primera dogmática, constituido por todos los derechos reconocidos al ser humano; la segunda orgánica, que se refiere a los medios de protección de derechos, instituyendo organismos encargados de los procesos de administración de justicia, y la tercera referente a la firma, ratificación, reserva, enmienda, protocolo y denuncia de la Convención.

Es así como surge la Corte Interamericana de Derechos Humanos con competencia jurisdiccional convencional de conformidad con el Art. 33 del Pacto de San José, en concordancia con el Art.68 del mismo cuerpo jurídico.

“Art.33: Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión,
y

b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.”

“Art. 68:

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.”

La Corte IDH, como órgano jurisdiccional tiene la función de llevar los procesos con apego a las normas del debido proceso y respetando el derecho de las partes procesales, debiendo dictarse una resolución o sentencia en la cual se establezca responsabilidades y obligaciones para quien provocó la violación de los derechos, y la reparación a que tienen derecho las víctimas, según lo establece el Art.63 numeral uno, de la Convención.

“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

De esta norma podemos determinar la competencia y facultad que tiene la Corte IDH, para establecer mecanismos de reparación integral. La Corte IDH, considera que la vulneración de un derecho implica sin lugar a dudas, el menoscabo de las facultades jurídicas de un sujeto, según la naturaleza del daño se genera repercusiones en la vida jurídica, social, económica, personal, psicológica, etc.

“Estos efectos constituyen las consecuencias de la vulneración de derechos de donde surge la necesidad de establecer la reparación integral en observación de los criterios de

proporcionalidad para las diferentes afectaciones o daños materiales o inmateriales padecidos por la víctima”⁴³. “El deber de reparación en el derecho internacional, surge ante toda violación de derechos y su alcance está determinado por la medida de los daños”⁴⁴

El concepto de reparación integral ha sido desarrollado por la Corte IDH, y su jurisprudencia, es así que en reiteradas sentencias la Corte IDH ha señalado lo que debe entenderse por reparación integral, en la cual de forma literal manifiesta que:

“Las reparaciones como el termino lo indica, consiste en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto depende del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial”⁴⁵

Para poder continuar con el desarrollo del concepto de reparación integral es necesario destacar que los derechos son un conjunto integro de condiciones naturales de la persona que le permite desarrollar plenamente sus actividades y su proyecto de vida, siempre con dignidad y respeto. De darse una violación afectaría ocasionando el quebrantamiento no solo de un derecho sino de los otros en menor o mayor intensidad, pues la dignidad de la víctima como presupuesto de seguridad y garantía se ve afectada. Por ello la Corte IDH, en la sentencia sobre reparaciones del caso Aloeboetoe vs. Surinam, destaca que:

“Todo acto humano es causa de muchas consecuencias próximas unas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: causa causare est causa causati. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago y que va produciendo en las aguas círculos concéntricos

⁴³ Corte IDH, Caso Aloeboetoe y otros contra Surinam 10 de septiembre de 1993, Serie C N° 15, Párr.48

⁴⁴ Corte IDH, Caso Aloeboetoe y otros contra Surinam 10 de septiembre de 1993, Serie C N° 15, Párr.15.

⁴⁵ Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, Párr. 175.

*cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así cada acto humano produce efectos remotos y lejanos.*⁴⁶

Con este aporte nos da una idea más clara respecto de la reparación integral, que a más de ser un principio de aplicación internacional, es aquel que permite la compensación total del daño causado, sin dejar nada por reparar.

El desarrollo jurisprudencial dado por la Corte IDH ha sido de vital importancia, creando una verdadera doctrina en materia de reparaciones, que va más allá de las reiteradas veces en que los jueces se limitan exclusivamente a la indemnización tradicional. La Corte considera que la reparación integral debe partir de la premisa del pleno restablecimiento de las obligaciones de respeto y garantía, la misma que requiere de un complejo bosquejo de medidas de reparación, no solo tendientes a borrar las huellas que ha generado el hecho antijurídico, sino también compresiva de aquellas medidas encaminadas a evitar su repetición.

La Corte para ello ha considerado necesario poner como primera medida la necesidad del *restablecimiento de las cosas al estado anterior* al evento dañoso, sin embargo en muchos de los casos es imposible por las diversas circunstancias que rodean la vulneración del derecho, así por ejemplo la muerte de una persona, las lesiones permanentes que pueda sufrir, por lo que hace inevitable abrir un abanico, un catálogo de medidas según lo establece en el caso Garrido Baigorria:

“La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la restitutio in

⁴⁶ Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, Párr. 46

integrum de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria, según la práctica jurisprudencial de esta Corte (...). La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos”.⁴⁷

Bajo este análisis, puedo afirmar que la reparación integral adquiere naturalmente una sólida y reforzada presencia en todos los sistemas jurídicos. Concibiéndose incluso en un derecho subjetivo de la víctima, imponiendo la obligación de asumir la responsabilidad al causante del daño, activándose de esta manera una serie de mecanismos que buscan aminorar los efectos generados por el hecho antijurídico. La reparación integral debe ser garantizada como derecho individual y colectivo, y como principio de derecho internacional, guía de los ordenamientos jurídicos internos de cada país o nación, en cumplimiento a la obligación que implica la ratificación de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

III.III EL SISTEMA DE DAÑOS PUNITIVOS Y LOS LÍMITES DE LA REPARACION.

El sistema de Daños Punitivos tiene su origen en el derecho Anglosajón, es una institución de gran predicamento dentro del Common Law, sin embargo parece ser que la doctrina concuerda que los daños punitivos son condenas pecuniarias extracompensatorias que los jueces imponen

⁴⁷ Caso Garrido y Baigorria – reparaciones, párr. 41

a pedido de parte, con el objetivo de sancionar al demandado y disuadir, a éste y tal vez a terceros la posibilidad de incurrir en la provocación de daños en un futuro.

Pizarro (1993)⁴⁸ define los daños punitivos como *“Aquellas sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”*

Por Daños Punitivos, se entiende el mecanismo por el cual se condena a pagar una indemnización, que busca reparar la violación a los derechos de los ciudadanos, ocasionados ya sea por funcionarios del gobierno o por los particulares. Son las sumas de dinero que los tribunales exigen pagar con el fin, no de indemnización compensatoria, sino como una sanción con fines ejemplarizantes. Pizarro añade que esta sanción pecuniaria debe ser asimilada como *“multa civil”*.

En el sistema Anglosajón se atribuye al derecho de daños una función adicional de las que hemos establecido dentro de este trabajo de investigación, esta función es la punitiva que permite a los jueces indemnizar más allá del daño causado, como una pena o sanción civil como en líneas anteriores lo exprese, relacionándolo con los daños punitivos.

Pizarro⁴⁹ menciona entre las pautas de valoración o límites para cuantificar los daños punitivos:

1. La gravedad de la falta.
2. La situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal.

⁴⁸ PIZARRO, R.D. “Daños punitivos”. Derecho de daños, Libro en homenaje al Prof. Félix Trigo Represas, 2º parte, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dir), La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 291

⁴⁹ PIZARRO, pág. 301.

3. Los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito.
4. La posición de mercado o de mayor poder del punido.
5. El carácter antisocial de la conducta.

Un ejemplo claro de daños punitivos lo tenemos en la jurisprudencia estadounidense en el caso “Grimshaw vs. Ford Motor Company”⁵⁰, en la cual la poderosa compañía automotriz Ford lanzó al mercado el modelo “Ford Pinto”, revolucionario por su lanzamiento en muy poco tiempo y con criterios de economía sumamente estrictos, lo que lo convirtió en uno de los autos más vendidos en la historia. Pero no todo fue perfecto para Ford, ya que durante la etapa de prueba del modelo, y antes de lanzarlo al mercado, se advirtieron dos defectos en el modelo: a) el depósito de combustible estaba ubicado de tal manera, que ante una colisión el coche explotaba con gran facilidad; y b) la carrocería era débil, por lo que en caso de choque, la misma se deformaba con el consiguiente bloqueo de sus puertas. Un análisis de expertos permitió colegir fácilmente que las probabilidades de accidentes y la reparación de los mismos serían escasas a comparación de las ventas si el producto era puesto a la brevedad en el mercado. Conclusión: económicamente convenía mil veces más afrontar los posibles reclamos por muertes o lesiones, a corregir los defectos de fabricación. Por lo tanto, la empresa decidió lanzar al mercado el producto defectuoso.

El previsible accidente ocurrió: Richard Grimshaw viajaba como pasajero en un Ford Pinto modelo 1972 conducido por Lilly Gray. El vehículo fue embestido por otro en la parte superior y comenzó a incendiarse provocando graves quemaduras en los pasajeros. De tal evento resultó la muerte de Lilly Gray, y graves quemaduras en el menor Richard Grimshaw que le causaron desfiguración permanente en el cuerpo y rostro. El juicio resuelto por jurados determinó que

⁵⁰ Corte de Apelaciones de California, Cuarto Distrito de Apelación, Segunda División, “Grimshaw v. Ford Motor Co”, 119, Cal. App. 3d, 757, 174, 29 de mayo de 1981, [en línea] <http://online.ceb.com/calcases/CA3/119CA3d757.htm>

Grimshaw recibiera 2.800.000 dólares por daños compensatorios y 125.000.000 de dólares en concepto de daños punitivos, punitive damages.

Aquí tendría sentido lo que dice Enrique Barros Burie⁵¹: *“La responsabilidad civil asume el carácter de punitivo cuando la indemnización excede la reparación del daño causado. En este caso, la indemnización es otorgada al demandante, al menos en parte en forma de pena civil, que es retributiva respecto de un comportamiento particularmente impropio, u es una sanción disuasiva, que mira hacia el futuro, porque su finalidad es amedrentar al demandado y a los otros que estén en posición de incurrir en la conducta reprochable.”*

Diez- Picazo, realiza un análisis partiendo, que el Common Law constituye un verdadero misterio por las diversas características que imperan en un sistema de derecho no escrito. Sin embargo, existen similitudes en algunas figuras jurídicas obligacionales que han sido tomadas del derecho romano, pero su tratamiento ha sido diferenciado en el sistema Norte Americano y el Latino, así por ejemplo en el caso del enriquecimiento injustificado, llamado por el sistema anglosajón como *“unjustified enrichment”*, comparten su origen romanista en los llamados Condictios.

Ahora bien, me permito tocar el tema del enriquecimiento injustificado relacionándolo con los daños punitivos pues recordemos que según la doctrina los daños punitivos, son condenas pecuniarias extracomensatorias, a favor de la víctima. Bajo este supuesto ¿No estaríamos creando un enriquecimiento injustificado?, pues de acuerdo a las funciones del derecho de daños, su función principal es compensar la totalidad del daño mas no hacer que la victimas obtenga un beneficio extra.

⁵¹ Barros Bourie, Enrique. *“Tratado de Responsabilidad Extracontractual”*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.pag, 304

El derecho de daños de los ordenamientos jurídicos de corte romanista, como nuestro sistema jurídico, lo que se busca con la acción de daños y perjuicios es la compensación e indemnización bajo límites claros y precisos, para así poder dejar a la víctima, en la medida de lo posible, de acuerdo con la naturaleza del daño, exactamente en las mismas condiciones que se encontraba antes del quebrantamiento de su derecho, evitando de esta manera un enriquecimiento sin causa como consecuencia de la reparación.

Frente a esto puedo decir que no debemos confundir, ya que los daños punitivos su función es ejemplarizante y preventiva, es decir dejar una lección, una represión al autor del daño para que no vuelva a cometer otro hecho ilícito, mientras que el enriquecimiento injustificado, se lo constituye por razones de equidad, de no permitir que alguien se enriquezca en detrimento de otra, sin que medie una justa causa para ello.

Por ello la doctrina consideran que cuando la intención del legislador sea la de prevenir el enriquecimiento injustificado, no se debería dar, a la restitución por enriquecimiento injustificado, la denominación de recargo, multa, sanción, o de indemnización, a riesgo de confundirse con los daños punitivos, que tiene un función distinta, que es sancionar al agente provocador del daño, provocando un efecto ejemplarizante y preventivo, sobre otros posibles casos que se puedan presentar.

Para finalizar considero que la aplicación de esta figura (daños punitivos) en los sistemas Latinoamericanos, y especialmente en el sistema de responsabilidad civil ecuatoriano es muy complicado su inserción, puesto que sería una figura contraria a lo establecido en la Constitución, respecto del principio de legalidad (artículo 76 numeral 3), también genera una doble punición y su ejercicio resulta contrario al debido proceso.

- El principio de legalidad según la Constitución prescribe que: *“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley*

como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”

(Constitución, Art 76 numeral 3)

Así también, lo determina la Corte Nacional de Justicia en el Juicio N° 174- 2012⁵², seguido por Maria Aguinda Salazar y otros contra Chevron Corporation, en la cual hace un análisis respecto de la constitucionalidad de los daños punitivos y su aplicabilidad dentro del sistema de responsabilidad civil.

En este sentido la Corte Nacional, en el considerando 7.5 letra (a), analiza la aplicación de los daños punitivos manifestando que:

“Se consagra en el código civil ecuatoriano la reparación a la víctima, mas no se ha establecido medidas ejemplificativas que puedan justificar el aplicar precedentes o jurisprudencias de otras legislaciones como es la americana. De ahí que, como bien mencionan los doctrinarios “donde no dice la ley no le es dado al juez”.

Bajo estas circunstancias, se plantea la necesidad de que exista una norma, que permita la aplicación de los daños punitivos, en otras palabras, que la norma permita al juez imponer una reparación con carácter punitivo. La Corte de igual manera considera que los daños punitivos deberían pertenecer a la rama penal, según lo extraído:

“[...]no existe en el campo civil daños punitivos, más aún cuando estos imponen una pena en el ámbito civil, para la procedencia de los daños punitivos debe estar expresamente determinado en la ley, tomando en cuenta que generalmente el derecho

⁵² Corte Nacional de Justicia. María Aguinda Salazar y otros c. Chevron Corporation. Juicio No. 174-2012. Quito, 12 de noviembre de 2012. Juez Ponente: Wilson Andino Reinoso.

administrativo y penal son los que imponen penas y no el derecho civil, por eso es necesario el establecimiento expreso en la ley de los daños punitivos, recordemos que los daños y perjuicios nacen en el derecho como una venganza contra quien ha causado un daño para finalmente y a través del tiempo convertirse en un derecho reparatorio, más los daños punitivos van más allá de la reparación, y quien recibe la cantidad establecida mediante una multa es la víctima, por lo que también debe probarse en el caso de daños punitivos la malicia con que ha actuado quien produjo el daño y por otro lado la legislación en caso de prever daños punitivos debe establecer máximas y mínimas de las multas a fin de no generar fraudes o la búsqueda de enriquecimientos sin causa; multas que sean ejemplificativas y que jamás destruyan la economía de una persona natural o jurídica.”

- El debido proceso debe ser observado en todo proceso incluido el civil, por ello la Corte ha manifestado respecto de esta garantía constitucional y su relación con los daños punitivos que: *“este Tribunal de Casación efectivamente encuentra que existe una condena que no ha sido requerida (se había ordenado a pagar una cantidad de dinero por concepto de daños punitivos), en la decisión que se recurre se falla sobre lo que no fue materia del litigio, es decir lo que no fue objeto de reclamo de la parte demandante en su libelo inicial”*.

La Corte toma como fundamento lo que prescribía en aquel entonces el Código de Procedimiento Civil en el Art. 273 respecto de que: *“la sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la Litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes para resolverlos en ella.”*. En el Caso Chevron no fue solicitado los daños punitivos por lo que no hay fundamento ni legal ni petición de parte para ordenar su pago.

Esto, visto desde el nuevo Código Orgánico General de Procesos⁵³, que deroga al cuerpo normativo anteriormente mencionado, en el Art. 92 prescribe: *“las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso.”*

Bajo esta apreciación, la condena de daños punitivos sería, imponer una sanción o multa al responsable civil de un daño, el juez garante de los derechos de las personas, debe resolver únicamente la vulneración del derecho, y repararlo íntegramente, más no imponer a más de la reparación integral efectiva, una multa civil sustentando en la necesidad de proteger a la sociedad de futuros daños. En otras palabras, la aplicación de los daños punitivos contraría la noción de la función del derecho de daños en el sistema oral, la reparación del daño en ningún caso puede ocasionar un incremento en el patrimonio de la víctima, que no corresponda estrictamente a los perjuicios ocasionados.

Los daños punitivos son un agregado, un plus a la reparación del daño. En un solo proceso no se puede imponer una indemnización compensatoria y otra en razón de “multa civil” accesoria contra quien cometió el daño, cuyo valor acumulativo va a favor de la víctima, pues como he venido recalando ese no es el fin del derecho de daños, sino únicamente resarcir la totalidad del daño.

⁵³ Registro Oficial Suplemento 506. 22 de Mayo de 2015. Código Orgánico General de los Procesos. Artículo 92.

III.IV DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES.

La Constitución de la República del Ecuador de 2008, en su artículo primero declara “*El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia*”⁵⁴, superándose la noción del Estado de Derecho que se había implantado en la Constitución del 1998, suponiendo entonces que la Constitución determina el contenido de la ley, el acceso, el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder, pero sobre todo, que el Estado es garante de los derechos, es decir se busca dar más fuerza a la relación entre sociedad y Estado profundizando la vigencia y garantía de derechos.

Se pone al Estado como garante de los derechos constitucionales a través de la preeminencia del análisis jurídico de los conflictos individuales y sociales, dando a la constitución un trato de fuente principal de los derechos y obligaciones, sometiendo a toda actividad estatal y no estatal al contenido sustancial de las normas constitucionales, enfatizando el papel fundamental que tiene los jueces en la realización de los derechos.⁵⁵

En la administración de justicia se convierte a los jueces en garantes de los derechos, correspondiendo un análisis judicial individual eficiente (justicia restaurativa) y la preeminencia del litigio con incidencia social (justicia distributiva). Considerándose entonces, a la justicia como un derecho que no puede ser negado a nadie.

Una de las críticas más frecuentes que se han realizado a la Constitución de 1998, es que era prolífica en su parte dogmática, e indolente en la parte orgánica pues no establecía los mecanismos institucionales para exigir el cumplimiento y reparación de los derechos. En

⁵⁴ Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 1§1

⁵⁵ En el texto de la Constitución de 2008 se abandona las diferencias entre jueces y magistrados, lo cual busca tener un impacto simbólico y real en el compromiso por el cambio de los jueces y demás operadores de justicia.

definitiva los derechos eran enunciados sin garantías, sin mecanismos claros, explícitos, operativos para su aplicación.

Ahora bien, la Constitución del Ecuador dada en Montecristi con sus 444 artículos, ha brindado una mayor protección no solo a los derechos de las personas, sino también de las comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos, a través de diferentes mecanismos⁵⁶. Al conjunto de derechos, se los considera como derechos del “*Buen Vivir*”, los derechos civiles son ahora los derechos de libertad, ubicados en el capítulo sexto de la norma fundamental.

Entre los Derechos de Libertad, se reconocen y garantizan la inviolabilidad de la vida, el derecho a una vida digna, la integridad personal, igualdad formal, igualdad material y no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de opinión y expresión del pensamiento, el derecho a la rectificación de afirmaciones inexactas en los medios de comunicación, la libertad de conciencia y de religión, el derechos a tomar decisiones libres sobre su sexualidad, vida y orientación sexual, etcétera. Entre los Derechos de Libertad también se incluyen los artículos referentes a los distintos tipos de familias, la definición de matrimonio, de unión de hecho y las normas de protección de los derechos de los integrantes de la familia.

Pero es necesario precisar que cada uno de los derechos establecidos en los diferentes capítulos de la Carta Magna tiene un alcance transversal es decir se encuentra interrelacionados. En el caso de la violación de un derecho naturalmente se estaría afecta a otro en menor o mayor intensidad.

También nuestra Constitución contiene cambios fundamentales respecto al desarrollo de la justicia constitucional y las garantías que va de la mano con la materialidad de los derechos y la transformación de la institucionalidad hacia la protección de los derechos.

⁵⁶ Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.10.

Para completar el cuadro de análisis de las disposiciones constitucionales, es necesario tratar los principios de aplicación de los derechos, que se encuentra ubicados en el Capítulo I del título II, en el Art 11, que en resumidas palabras establece, el ejercicio de los derechos puede ser de forma individual o colectiva, los derechos y garantías establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación, todos los derechos son justiciables y no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación, deberán todo servidor público, juez, autoridad, aplicar la norma e interpretación que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos. Un punto importante, nuestra Constitución deja la posibilidad de que surjan nuevos derechos que se deriven de la dignidad humana, los cuales no deben ser excluidos⁵⁷. Finalmente el Estado tiene el más alto deber de respetar y hacer respetar los derechos, es decir, el Estado debe abstenerse (obligaciones de no hacer) de crear acciones que puedan ocasionar daños o violaciones al ejercicio de los derechos, mientras que “hacer respetar” implica obligaciones de hacer y obligaciones positivas, ya sea mediante políticas públicas, ley, programas, planes, construcción de obras, etc. Otra forma, es aquella que va dirigida a evitar las violaciones de derechos o la provocación de daños a los bienes jurídicos tutelados, por parte de terceros, que con sus acciones u omisiones afecta los intereses de otra persona, ya sea por delitos, cuasidelitos, deudas, contratos incumplidos, etcétera.

Ahora bien, estableciendo el primer deber que tiene el Estado es necesario observar lo dispuesto en el segundo inciso del Art 11 numeral 9

“El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos...”

⁵⁷ Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11, numerales 1, 3, 5, 7, 9.

Por lo tanto existirá responsabilidad del Estado, toda vez que una persona ha sufrido un daño material o moral, causado directamente por el Estado, debiendo ser reparado conforme a lo prescrito por esta norma. Responde objetivamente ante la víctima prescindiendo de la identificación y del grado de responsabilidad de los agentes del Estado, dejando a salvo su derecho de repetición⁵⁸, el mismo que consiste en sancionar al o los agentes del Estado que provocaron el daño o la violación del derecho, de tal forma que el responsable individual pague lo que el Estado hizo a su nombre, ya que la víctima siempre reclama directamente al Estado y una vez condenado mediante sentencia a la reparación, procederá el estado a repetir contra el servidor público, juez o autoridad que haya provocado el daño.

Así en la Constitución de igual forma establece garantías básicas al debido proceso, las mismas que deben ser observados en todo proceso sobre el cual se determinen derechos y obligaciones, por cual no está excluido el proceso civil⁵⁹. Pero además, en el ámbito penal se hace referencia, que el proceso penal debe observar a más de las garantías básicas, que la víctima reciba una reparación integral, a través de la adopción de mecanismos que permitan el conocimiento de la verdad de los hechos, la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición, y satisfacción del derecho violado.⁶⁰

De esta manera, la reparación en la Constitución a más de tener una expresa remisión al ámbito penal, es también reconocido en otros ámbitos, configurándolo como un derecho genérico ante las situaciones dañosas, ya sea producto de la violación del Estado o en el ámbito privado, lo cual nos permite destacar que la contextualización constitucional de la reparación se debe a un visión restaurativa de la justicia, por la cual se persigue la satisfacción de los daños como camino a la justicia y la paz social; y, como solución de los conflictos interpersonales.

⁵⁸ Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.11 inciso tercero.

⁵⁹ Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.76.

⁶⁰ Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.78.

En el capítulo III, se establecen las garantías jurisdiccionales, a partir del Art. 86, sin embargo el numeral 3 de dicho artículo, hace referencia de forma expresa al principio de reparación integral:

“Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatare la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.”

Recordemos que las garantías jurisdiccionales son mecanismos que buscan garantizar la protección de los derechos más elementales de las personas, evitando la violación o cesando la violación, reparando efectivamente el derecho constitucional.

Por ello se llega a pensar que en todos los casos se vulnera un derecho constitucional, para el caso de reparaciones civiles, así por ejemplo el derecho de propiedad⁶¹, el derecho a la honra⁶², por lo que toda vulneración debería conllevar una reparación integral, quedando claro que no es un principio exclusivo de una determinada rama del derecho, sino más bien su alcance es a toda relación humana.

⁶¹ Constitución de la República del Ecuador, 2008, art 66 numeral 26.

⁶² Constitución de la República del Ecuador, 2008, art numeral 3 letra a.

El derecho de daños se ha hecho presente con mayor intensidad, en el nuevo modelo constitucional, ya que el deber fundamental del Estado es respetar y hacer respetar los derechos, precisando de esta manera que el no dañar (*Alterum non laedere*), es un principio implícito básico en el modelo. Permite la vida en sociedad, donde el respeto debe estar presente en cada accionar, y cuando es conculcado, acarreará la obligación jurídica de reparar el daño causado a través de las vías constitucionales y legales prevista para cada caso en particular, aplicando el principio de analogía de ser necesario.

III.V REPARACION INTEGRAL EN LA LEGISLACION ECUATORIANA.

El Código Civil no ha experimentado reforma alguna respecto a la reparación por los daños que se pueda ocasionar ya sea bajo el marco de la responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Como hemos venido analizando la Constitución es el primer cuerpo normativo que hace referencia al principio de reparación integral, sin embargo no es el único, que establece este principio de gran importancia. Así, en el caso ecuatoriano podemos determinar que lo encontramos en el Código Orgánico Integral Penal, Código Orgánico de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El Código Orgánico Integral Penal consagra este principio destinado a proteger los derechos de las víctimas, determina los mecanismos que deberán usarse en la aplicación de este principio, así como el procedimiento a seguirse para obtener efectivamente una reparación integral.

En el Art 77, bajo de denominación “*Reparación Integral de los daños*” establece: “*La reparación integral radicaré en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima,*

cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado.

La restitución integral constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido.”

El código no se limita simplemente a establecer el alcance de la reparación integral, sino que también en el Art. 78, se prescribe los mecanismos que pueden ser ordenados en sentencia por el juez para cumplir con este mandato de optimización.

“Art. 78. Mecanismos de Reparación Integral.- *Las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son:*

*1. **La restitución:** se aplica a casos relacionados con el restablecimiento de la libertad, de la vida familiar, de la ciudadanía o de la nacionalidad, el retorno al país de residencia anterior, la recuperación del empleo o de la propiedad así como al restablecimiento de los derechos políticos.*

*2. **La rehabilitación:** se orienta a la recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica así como a garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para esos fines.*

*3. **Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales:** se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente.*

*4. **Las medidas de satisfacción o simbólicas:** se refieren a la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica.*

5. Las garantías de no repetición: se orientan a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas.

Se identifican con la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión de nuevos delitos del mismo género.”

También la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece como finalidad de las Garantías Jurisdiccionales la protección eficaz e inmediata de los derechos constitucionales, y aquellos reconocidos en tratados internacionales del cual Estado ecuatoriano sea parte, declarando siempre la violación y la reparación integral de los daños causados.⁶³

Cuando se ha declarado la vulneración de un derecho constitucional, el contenido de la sentencia debe, necesariamente, en su parte resolutive, hacer énfasis en la reparación integral que proceda, según el caso puesto a conocimiento del juez.⁶⁴

Finalmente la disposición jurídica más relevante de este cuerpo normativo, es aquella que se encuentra en el Art 18 que establece:

“En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad

⁶³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009. Art 6.

⁶⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009. Art 17.

competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida...”

DAÑO AL PROYECTO DE VIDA.

Hoy en día se ha dado un cambio importante dentro del derecho respecto del “*daño al proyecto de vida*”, pues el enfoque del derecho tradicional ha sido siempre patrimonial mas no se ha fijado en la persona. En palabras de Mosset ⁶⁵ “*Aquella era una visión empobrecida, limitada, castrada en muchos aspectos. La de ahora es una contemplación de la persona diferente, mucho más enriquecida, ponderada, matizada (...) la dimensión decimonónica limitaba al hombre al ponderar solo su aptitud de producir riquezas; lo constreñía a su esfera económica*”.

⁶⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N°. 1. “Daños a la persona” Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992 p. 11,13, 14, 15.

El autor antes mencionado, manifiesta algunas razones por las cuales los juristas de concepción tradicional recortaron a la persona humana en sus daños, perjuicios o menoscabos. Entre las razones podemos recalcar que: *“la vida humana no era apreciada y comprendida en la medida que lo es hoy”*, también *“se desconfiaba del rol resarcitorio de la indemnización dineraria, para hipótesis que nada tenían que ver con el rendimiento económico, la productividad, los ingresos”* y *“la reparación plena o integral no era apetecida, había un conformismo respecto de una reparación mínima, que alcanzara solos los daños mayores más significativos.”*

El desarrollo de la filosofía existencialista, jugó un papel importante en la evolución del derecho a una concepción más humanista. Ha impulsado el camino por *“desentrañar lo humano”*, por *“penetrar en la compleja trama de la existencia humana ha permitido mostrar en todas sus facetas, como ser libre y creador, proyectivo, historializado, teniendo que hacerse a sí mismo.”*

Bajo esta introducción, el daño al proyecto vida *“supone primordialmente que todo ser humano es ontológicamente libre, es un ser coexistencial, temporal y, en razón de éstas, posee la capacidad de proyectarse en el porvenir y constituir un plan existencial.”*

De esta definición podemos extraer los supuestos teóricos que anteceden al daño del plan existencial:

- **LIBERTAD:**

Es una de los supuestos teóricos primordiales ya que el hombre es libertad, porque la libertad no es algo que se adquiere sino que es parte del ser humano. El autor Carlos Fernández Sessarego de nacionalidad peruana, considera que *“La libertad no resulta ser una facultad, una propiedad, de la cual el hombre puede disponer o no. El hombre no tiene o deja de tener*

*libertad sino que el hombre es libertad. Es albedrío. Y esta es una situación ontológica en el Universo. Esta libertad no es una propiedad del hombre sino el ser mismo de su existencia”*⁶⁶, reafirmando de esta manera que la libertad es irrenunciable, es parte inseparable del ser humano.

*“El proyecto de vida encuentra necesariamente su origen en una decisión libre, la misma que tiende a su realización en el futuro, ya sea éste mediato o inmediato. Por ello, solo el ser humano es capaz de formular proyectos. Es más no podría existir sin proyectar. La libertad es, de suyo, un proyecto. Ser es proyectar”*⁶⁷.

- **LA COEXISTENCIA:**

Su nombre lo indica, es existir con. El hombre en esencia es un ser que convive y desarrolla su proyecto de vida tomando en consideración e interactuando con los demás, con las cosas y consigo mismo. Carlos Fernández, expone al respecto que *“la coexistencialidad es uno de los supuestos existenciales del proyecto de vida. Si bien el proyecto es una decisión libre, sólo se puede realizar con la contribución de los demás seres en el seno de la sociedad. El proyecto de vida se formula y decide para su realización en sociedad, en compañía de los otros.”*

La coexistencia consiguientemente conlleva que el ser humano pueda proyectarse en el tiempo tomando decisiones en relación con los demás y, por otro lado limita a éste y su proyecto de vida, de acuerdo con el aforismo jurídico *“mi libertad termina donde inicia la de los demás”*.

⁶⁶ FERNÁNDEZ, “El Derecho como Libertad”, p.114.

⁶⁷ FERNÁNDEZ, Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral, p.757-759,761.

- **TEMPORALIDAD.**

Fernández indica en su obra *“Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral”* que, *“la vida humana es una sucesión de quehaceres, un constante dinamismo, un tener que decidir lo que se va a hacer. Se vive para ser. Como seres libres y temporales los seres humanos están condenados a proyectar.”*

Los seres humanos por su propia naturaleza somos seres temporales en su existencia, es decir tiene un determinado tiempo de vida, que no se tiene conocimiento exacto de cuánto será. *“Su existir se constituye como un proceso temporal, abierto, donde el pasado condiciona el presente y, desde éste, se proyecta el futuro. El futuro está, por ende, dado en el presente en forma de proyecto (...) La libertad en el tiempo, la vida temporal de la libertad, hacen posible que cada ser humano se proyecte, se realice, despliegue su personalidad, tenga una biografía y una identidad.”*

Según lo manifestado por el autor, a la temporalidad se le atribuye una enorme importancia, como supuesto teórico del proyecto de vida, donde el tiempo *“no resulta ser una mera sucesión sino un ingrediente de la constitución misma de espíritu; su condición ontológica.”*⁶⁸

- **PROYECTO.**

Según el autor Fernández Sessarego el proyecto es una pieza sustancial de la vida, en cuanto *“Vivir es realizar un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose. La vida resulta así una sucesión ininterrumpida de quehaceres según un proyecto del cual puede o no tenerse conciencia.”*

⁶⁸ FERNÁNDEZ, El derecho como Libertad, p.112,

De esta forma según lo señalado por el autor *“el proyecto de vida” aquel que elige la persona, en un determinado momento de su vida, con el propósito de realizarlo en el curso de su existencia. Es el rumbo, la meta, el sentido y razón de ser que cada humano otorga al don de su vida. (...) El “proyecto de vida” se fundamenta en la propia calidad ontológica del ser humano, en su propia naturaleza de ser libertad. El “proyecto de vida” es lo que el hombre decide ser y hacer “con” su vida y “en” su vida. Ello, reiteramos, en tanto el hombre es un ser libertad. Sólo un ser libre es capaz de proyectar.”*⁶⁹

Una vez analizado los supuestos que conlleva la vulneración del proyecto de vida, puedo considerar que afecta al ser humano, en la manera en que ha de decidir, trunca el destino de la persona, haciéndole perder el sentido de su existencia. Puede llegar a generar consecuencias devastadoras, pues colma sus sueños, aspiraciones.

Según la doctrina este debe ser considerado un daño diferente al daño moral, es decir un daño autónomo, formando parte del genérico daño a la persona.

La Corte IDH, ha incorporado el daño al proyecto de vida a través de su jurisprudencia, desarrollando a profundidad el concepto del daño al proyecto de vida, en la sentencia del caso *María Elena Loayza Tamayo vs. Perú*, en la que se ordenó reparaciones y se reconoció expresamente la existencia de este daño.

En sentencia se dice que el proyecto de vida *“atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.”*⁷⁰

⁶⁹ FERNÁNDEZ, Breves apuntes sobre el “proyecto de vida” y su protección jurídica, p.4.

⁷⁰ Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42.

Según la Corte, el proyecto de vida se asocia indisolublemente al ámbito de libertad de la persona y al ámbito de opciones en que el sujeto puede alcanzar su realización personal, por lo que un menoscabo o una cancelación de las opciones que permiten la realización personal del proyecto de vida implican necesariamente una “*reducción objetiva de la libertad.*”.

Según del análisis realizado podemos concluir que el “*daño al proyecto de vida*” ha sido tratado ya por la Corte IDH desde esta sentencia y desarrollado más ampliamente en otras sentencias de reparaciones, en la que se ha reafirmado lo que en un inicio se dijo.

En el Ecuador se garantiza desde nuestra Constitución, el derecho de las personas a desarrollar de manera libre su personalidad, sin más límites que los derechos de los demás, a tomar decisiones de manera libre, voluntaria sobre su vida, etcétera.⁷¹ Muchas de las acciones judiciales que se han presentado en las diferentes cortes exigiéndose la reparación del daño al Proyecto de Vida, habido un rechazo por parte de los operadores de justicia, pese a que hoy en día ya no hay duda de que el daño al proyecto de vida es un daño efectivamente diferente al moral, según las consideraciones expuestas anteriormente. Se hace necesario la protección integral de la persona.

Considero que para establecer las formas de reparación del daño al proyecto de vida, es necesario buscar una reparación integral sin generar un enriquecimiento indebido de la víctima, pero que tampoco constituya algo meramente metafórico, debe tomarse en cuenta el criterio de equidad. Implica entonces que el juez debe intentar asumir la posición de la víctima para vivenciar lo que para ella significa la pérdida o menoscabo de su daño al proyecto de vida. Lo anterior, es solamente posible, si la víctima se encarga de aportar elementos probatorios al proceso que permitan dar a conocer su situación y su proyecto existencial.

⁷¹ Constitución de la República del Ecuador, Art.66, numeral 5, 9,10.

III.VI LAS ACCIONES POR DAÑOS Y PERJUICIOS Y LA FORMA DE CUANTIFICAR LOS MISMOS.

Las acciones principales y no menos importantes a que da lugar la provocación de un daño por una conducta antijurídica, son:

ACCION CIVIL.

Cuando una persona ha sufrido un daño, la exigibilidad de la indemnización se encuentra tutelada por Código Civil partiendo del Art. 2229⁷² y en la parte adjetiva, cuyas disposiciones jurídicas tratan al Juicio Ordinario, ya que por regla general la determinación de la responsabilidad civil por daños, es sustentando mediante este procedimiento.

La acción prevista en el código civil, prescribe en 4 años plazo, contados desde la perpetración del acto, es decir que el tiempo de prescripción de la acción, es desde que el acto se ha consumado, en otras palabras desde que el daño ha cesado. Pues recordemos que tenemos casos en los que el acto dañoso es continuo, estando presentes por periodos largos de tiempo. Es necesario que los operadores de justicia, y quienes ejercen el derecho actúen mediante un criterio unificado respecto de la interpretación de esta norma jurídica.

La mayoría de procesos en donde se busca una reparación por un daño causado, deben ventilarse de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico General de Procesos por el procedimiento ordinario. Las normas que hacen referencia a este procedimiento las ubicamos en el libro IV, procesos; en el título I, procesos de conocimiento; Capítulo I, procedimiento ordinario. Van desde el artículo 289 al 298.

⁷² “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.”

Este proceso, es aplicable a todas las causas que no tenga una vía de sustanciación previamente establecida en la ley⁷³, la demanda deberá cumplir con los requisitos que exige el artículo 142 del mismo cuerpo normativo, el demandado tendrá 30 días para dar contestación a la demanda propuesta en su contra, pudiendo reconvenirse⁷⁴. El procedimiento ordinario tiene dos etapas o audiencias. La primera llamada preliminar⁷⁵, debe ser realizada en un término no menor de diez días ni mayor de veinte días. Las partes procesales están obligadas a comparecer, ya sea de forma personal o a través de su representante, las partes deberán pronunciarse sobre las excepciones previas propuestas, teniendo el juez la posibilidad de sanear el proceso, e incluso promover la conciliación, el admitir o no la prueba anunciada y presentada, resolver los puntos de debate, resolver sobre la participación de terceros, convalidar o subsanar aspectos formales. De darse una conciliación total, será aprobado en el mismo acto, mediante sentencia que causará ejecutoria. Si es parcial, será aprobado mediante auto y se continuará con el procedimiento en la parte que sigue en controversia.

Brinda la posibilidad tanto a los operadores de justicia como a las partes procesales de interactuar de forma oportuna en el desarrollo del proceso, revisando de forma íntegra que no adolezca de vicios. Al finalizar esta audiencia el juez, comunicará motivadamente de forma verbal las resoluciones tomadas después de realizada la audiencia preliminar, señalando fecha para la audiencia de juicio sino hubo acuerdo total, pues recordemos que la oralidad es una característica innovadora de este Código.

⁷³ Código Orgánico General de Procesos, 2015. Art 289.

⁷⁴ Código Orgánico General de Procesos, 2015. Art 291.

⁷⁵ Código Orgánico General de Procesos, 2015. Art 292 al 296.

En la audiencia de juicio⁷⁶, se realizará en el término máximo de treinta días contados desde la culminación de la audiencia preliminar, concederá la palabra a las partes para que formulen su alegato inicial partiendo del actor, ordenará la evacuación de las pruebas admitidas, se introducirá y confrontará la prueba para que el juez pueda formar su criterio basado en lo actuado y efectivamente probado, dando seguridad jurídica a las partes.

ACCION PENAL.

El código Orgánico Integral Penal, es quien regula la acción penal, estableciéndose que ésta es de carácter público, pero su ejercicio puede ser público o privado⁷⁷. Con el ejercicio de la acción penal se persigue el establecimiento de la responsabilidad del infractor y su sanción privativa de libertad, pero además de aquello el juez debe condenar a reparar integralmente los daños causados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y los demás mecanismos de reparación integral que considere el juez necesarios para precautelar los derechos de la víctima de una infracción penal, conforme lo prescribe el Art.622 numeral 6 de dicho cuerpo normativo.

Por lo tanto, en el derecho penal la exigibilidad de los daños y perjuicios y su ejecución puede efectuarse directamente por los jueces, tribunales de Garantías Penales.

ACCION CONSTITUCIONAL.

La justicia constitucional, se ha hecho necesario desde que surgió el nuevo modelo de Estado constitucional, siendo una herramienta eficaz e idónea para asegurar que TODOS los jueces resuelvan los hechos sometidos a su conocimiento desde una perspectiva constitucional, y con sujeción a las normas constitucionales.

⁷⁶ Código Orgánico General de Procesos, 2015. Art 297 al 298.

⁷⁷ Código Orgánico Integral Penal, 2014. Art 409 y 410

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece que parte de su objetivo o fin, es garantizar los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos⁷⁸. Ahora bien, en el Título II, Art 6 inciso primero se establece la finalidad de las Garantías Jurisdiccionales, que de manera expresa menciona: *“tiene como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.”*

Se consagra la obligatoriedad de los jueces constitucionales, que las resoluciones cuando declaren que efectivamente hubo la violación de un derecho constitucional, también determine las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar, según lo establece el Art 17 de este cuerpo legal.

Dedica de igual forma el Art 18, lo que es el principio de reparación integral, el cual pretende que el titular o titulares de derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada y que se restablezca a la situación anterior a la violación de ser el caso posible. Puede ordenar el juez otras formas de reparación, como la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

El juez, ordenara la reparación en función al daño y las circunstancias que rodean el mismo, las consecuencias que tengan estas en el proyecto de vida del titular del derecho. El juez debe individualizar las obligaciones a las que debe sujetarse el destinatario de la resolución.

⁷⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009. Art 1.

“QUANTUM INDEMNIZATORIO”

Los daños extrapatrimoniales, cuando se ha vulnerado derechos personalísimos, fundamentales, la cuantificación económica de la reparación será conforme a lo previsto en el Art.2232 inciso tercero del Código Civil que prescribe, que quedara a la prudencia del juez su valoración, tomando en consideración las circunstancias que rodean el caso. El juez debe basarse en la prudencia, apreciando todos los datos legalmente concurrentes acerca del carácter y extensión con apego a las pruebas aportadas por las partes procesales. Se debe tener en cuenta la comisión de acto o hecho ilícito que causa daño y que obliga a su reparación; la medida es la intensidad del daño y no la mayor o menor fortuna o culpabilidad del autor del mismo.

El daño moral por su carácter subjetivo, queda a la discrecionalidad del juez, conforme al mérito del proceso, ya que los derechos subjetivos no pueden ser tasados o valorados mediante criterios únicos de valoración (tasación).

Lorenzetti, considera que: *“se debe privilegiarse las circunstancias de la víctima, en la medida en que el resarcimiento mira a la víctima; tiende a darle a ella una cierta compensación, el dolor es suyo y la indemnización presta oídos a ese dolor. Sin que por ello pueda sostenerse que es indiferente la persona, o, que lo son las circunstancias del victimario.”*⁷⁹

El juez no debe perder de vista que la función principal de la compensación es la reposición de las cosas a su estado anterior, cuando sea posible. Sin embargo considero que el Código Civil es muy limitativo a la hora de hablar de reparación, compensación, ya que se limita

⁷⁹ LORENSETTI Ricardo, TRAZEGNIES Fernando, PANTALEON Fernando, SOTO Carlos, “Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil”, Bogotá – Colombia, Grupo Editorial Ibáñez S.A, pág. 81 a la 87.

estrictamente a una indemnización económica, cuando la norma suprema exige una reparación integral frente a la vulneración de los derechos.

Para determinar la intensidad del daño, es necesario valorar el perjuicio que produce en la persona, su patrimonio, debiendo apreciarse las condiciones de la víctima como es el sexo, estado civil, edad, cargas familiares, nivel socio económico, educación, profesión, tiempo de probabilidad de vida útil, su probabilidad de progreso, desarrollo, su nivel de vida, entre otros. Entre nosotros, de acuerdo a lo comentado legislativamente, ese (el analizado líneas arriba) es el panorama con el que contamos, esto es, a la hora de hablar de la cuantificación de los daños y perjuicios materiales parece ser que el contenido del **Art. 1572 del Código Civil** resulta ser suficiente al señalar que el daño emergente y el lucro cesante comprenden la reparación, dejando a responsabilidad exclusiva de la víctima el demostrar judicialmente el monto del perjuicio, con lo cual la administración de justicia no tendría sino la misión de ordenar el pago de los mismos, siempre y cuando, no haya falsedad de por medio. En cambio, en el caso del daño inmaterial (daños morales), la situación es totalmente diversa, a nuestro criterio es deficiente, al dejar que la subjetividad de la administración de justicia establezca el monto de la indemnización o reparación, particular que muchas veces se ha prestado para que, en más o en menos, se manden a pagar indemnizaciones desproporcionadas, que podrían llegar a generar un enriquecimiento ilícito, ya que por lo general han puesto en duda la independencia, seriedad y responsabilidad del juzgador, por lo que no han sido pocas las voces que han expresado su insatisfacción por aquello y han reclamado un cambio total en este aspecto, considerando que deberíamos en el Ecuador contar con un esquema previamente definido en la ley acerca de cómo cuantificar la reparación de esta clase de daños. No podemos seguir contando con un sistema de responsabilidad civil que se limite estrictamente a una indemnización como forma de reparación, cuando de por medio existe otras formas de reparación según consta en tratado

internacionales del cual el Estado ecuatoriano es parte, incluso, la misma constitución garantiza la reparación integral, siendo un derecho y principio de directa aplicación.

FORMAS DE REPARACION.

Cuando se ha producido violaciones a los derechos ya sean estos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales; la autoridad encargada de administrar justicia, tiene la obligación de dictar a través de sus resoluciones la reparación integral, que no debe limitarse exclusivamente a una reparación económica, a una mera indemnización económica por daños y perjuicios que no logra alcanzar lo que realmente necesita la víctima para reparar integralmente la vulneración de sus derechos.

Esta es una de las tantas formas que se puede reparar un derecho vulnerado. El derecho a la reparación está basado en términos morales y legales, a través de una creciente legislación y tratados internacionales que lo apoyan.

Existen cinco parámetros que han sido apoyados por la legislación ecuatoriana, y el derecho internacional, pudiendo ser tomados en consideración por el juez al momento de ordenar la reparación.

1. Restitución.
2. La compensación económica y patrimonial.
3. Las medidas de rehabilitación.
4. Las medidas de satisfacción.
5. Las garantías de no repetición.

Estas formas de reparación, tienen que ser cumplidas mediante acciones positivas y negativas.

Estas dimensiones fueron también propuestas por el ex Relator Especial de Naciones Unidas

contra la Tortura, Theo Van Boven, en el Proyecto de Principios y Directrices Básicos relativos a la reparación de violaciones flagrantes de los derechos humanos.⁸⁰

RESTITUCION.

Es aquella medida que será aplicada cuando no sea imposible, reponer, restaurar, reestablecer a la víctima, a la situación en que se encontraba antes de la existencia del hecho ilícito que provoco los daños sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales.

En otras palabras, se busca garantizar el goce efectivo, el ejercicio pleno del derecho que fue vulnerado.

COMPENSACION ECONOMICA Y PATRIMONIAL

La Compensación económica y patrimonial, comprende básicamente la indemnización por el daño material, que efectivamente seria, el lucro cesante y el daño emergente; y, la indemnización por el daño inmaterial, que está comprendido por todos los sufrimientos morales, espirituales que puede haber padecido la victima por la vulneración de sus derechos.

LAS MEDIDAS DE REHABILITACION.

El Diccionario de Oxford provee una definición estándar pero limitada de rehabilitación. Según el diccionario, rehabilitación es *“un curso de tratamiento, en gran parte terapia física, diseñada para revertir los efectos debilitantes de una herida.”*⁸¹

Esta definición refleja uno de los más comunes pero acotados conceptos de rehabilitación, uno que está centrado en la atención física. Un segundo significado de rehabilitación, también

⁸⁰http://www.inredh.org/index.php/en/?option=com_content&view=article&id=589:las-politicas-publicas-y-los-servicios-publicos-como-medidas-de-reparacion-integral&catid=29:boletines_institucionales#ftn17

⁸¹ Oxford Pocket Dictionary, disponible en <http://www.encyclopedia.com/doc/1O999-rehab.html>.

acotado y predominante en el Derecho, es aquel ligado a ayudar a *“una persona que... ha sido liberada de prisión (o que aún está en prisión) a readaptarse a la sociedad.”*⁸²

La organización Mundial de la Salud, en el segundo informe de su Comité Experto en Rehabilitación Médica de 1968, prevé cuatro definiciones importantes. La primera que la define como *“la aplicación combinada de medidas médicas, sociales, educativas, profesionales para preparar o readaptar al individuo con objeto de que alcance la mayor proporción posible de capacidad funcional.”*⁸³

Este informe también distingue tres tipos de rehabilitación.

- **Medica.-** se refiere a la parte de la asistencia medica que trata de desarrollar las capacidades psicológicas y funcionales del individuo y si es preciso, sus mecanismos de compensación, a fin de permitirle llevar una existencia autónoma y activa.
- **Social.-** significa la parte del proceso de rehabilitación que trata de integrar o de reintegrar a una persona invalida (que no puede valerse por sí misma) en la sociedad ayudándolo a adaptarse a las exigencias de la vida familiar, colectiva y profesional, disminuyendo al mismo tiempo las cargas económicas y sociales que pueden obstaculizar el proceso global de rehabilitación.
- **Vocacional.-** se refiere al suministro de medios, especialmente orientación profesional, y colocación selectiva, para que los inválidos puedan obtener y conservar un empleo adecuado.

El tratamiento debe ser un esfuerzo coordinado que abarque ambos aspectos, el físico y el psicológico. Es importante tener en consideración las necesidades, problemas, expectativas, opiniones y referencias culturales de las víctimas.

⁸² Collins English Dictionary, (UK, HarperCollins Publishers, 2000), pág. 1299.

⁸³ OMS Comité Experto de la Organización Mundial de la Salud en Rehabilitación Médica, Segundo Informe, Serie de Informes Técnicos 419, (Ginebra, 1969), pág. 6.

“Es el proceso de restitución de la plena salud y reputación del individuo después del trauma de un serio ataque a la integridad física o mental de uno. Se dirige a restaurar aquello que ha sido perdido. La rehabilitación busca lograr la máxima aptitud física y psicológica guiando al individuo, la familia, la comunidad local y hasta a la sociedad como un todo.”⁸⁴

Tales procesos/servicios deben permitirle a la víctima ganar independencia y hacer uso de su libertad. Los procesos no deben definirse con anterioridad puesto que dependerán de las circunstancias particulares de cada caso. Sin embargo, los Estados deben ser obligados a establecer un sistema de rehabilitación que incorpore, por lo menos, servicios físicos y psicológicos, y servicios sociales, legales y financieros, lo cuales deben estar disponibles para cualquier persona que pudiese necesitarlos, dependiendo, por su puesto, de las circunstancias individuales de cada caso.

MEDIDAS DE SATISFACCION.

Las medidas de satisfacción, contribuyen al logro de una reparación más amplia que apunta a ejercer acciones sobre los daños irreparables. Es por ello que la Corte IDH, no entiende a la satisfacción como una medida de reparación excepcional, sino como una medida normal a establecerse obligatoriamente, aunque en mayor o menor grado, ante la violación de derechos.

Con estas medidas se busca proporcionar bienestar y contribuir a mitigar el dolor de la víctima por medio del restablecimiento de la dignidad de la víctima y difusión de la verdad de lo sucedido. En otras palabras, estas tienden a recuperar el buen nombre de las víctimas, para hacer del dolor provocado algo más llevadero y generar bienestar. Algunas de las acciones

⁸⁴ Shelton, D., Remedies in International Human Rights (Oxford, Oxford University Press, 2005), pág.275

contempladas como medida de satisfacción y reparación simbólica encontramos el reconocimiento de responsabilidad y solicitud de perdón público; que como se menciona tienen como fin enaltecer la memoria, esclarecer el propósito de los actores armados y de la violencia, desmarcar y superar la discriminación sobre las víctimas, rechazar las versiones que justificaron tal o cuales hechos, reparar los daños morales y psicológicos que las víctimas sufrieron y restablecer la confianza entre la ciudadanía y el Estado.

Este criterio de reconocimiento de responsabilidad y solicitud de perdón público, debe contar con 6 elementos que garanticen su efectividad.

1. La participación activa de las víctimas: esta parte de la voluntad o no de la parte involucrada en el proceso, el cual debe desarrollarse teniendo en cuenta el enfoque diferencial; y de la prerrogativas que se le dan a las víctimas para que puedan mantenerse informadas de todo el proceso y que este pueda tener respuestas satisfactorias a todas sus dudas, miedos y cuestionantes.
2. Reconocimiento de los Responsables: Las víctimas son las que hacen la solicitud de reconocimiento de los hechos, para que los responsables entonces desmientan el hecho en público.
3. Presencia de medios de comunicación: Esto garantiza la difusión a gran escala de la medida que está tomando. Con la salvedad que no puede ser en contra de las víctimas en el sentido que no sea para causar daños o poner el peligro a las mismas.
4. Presencia de miembros del Estado: El estado debe de tener siempre un representante en el proceso de medida de satisfacción.

5. Presencia de comunidades, organizaciones y sectores sociales, academias y demás; que hayan acompañado a las víctimas y a familiares en los procesos.
6. Seguimiento al Proceso. Se deberá establecer un plan de seguimiento que garantice la difusión de la medida y que no se dejen dichos procesos en el olvido; y que se tenga un enfoque para desarrollar las garantías de no repetición.

LAS GARANTIAS DE NO REPETICION.

La garantía de no repetición son aquellas medidas de carácter independiente, cuya implementación se realiza de mano con la garantía de los derechos de reparación, para prevenir la realización de hechos que hayan afectado a víctimas moral y psicológicamente, y no vuelvan a ocurrir en otra ocasión. Estas tienen como objetivo: evitar la repetición de hechos o conductas que generen violaciones a los derechos en el nivel individual y colectivo; fortalecer el Estado constitucional de derechos y de la ciudadanía; generar contextos de convivencia pacífica y reconstruir el tejido social.

Muchos han considerado la necesidad de implementar a las políticas públicas y a los servicios públicos como medidas de reparación, encajadas como garantías de no repetición y satisfacción.

POLITICAS PÚBLICAS

*“las políticas públicas son consideradas como un conjunto de uno o varios objetivos colectivos que son necesarios y deseables por un sector de la sociedad y que además, son tratados por una institución u organización con el fin de direccionar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida por la población o un sector de esta como insatisfactoria o problemática”.*⁸⁵

⁸⁵ Roth Deubel André-Noël, “Políticas Públicas: Formulación, implementación y evaluación”, ediciones Aurora, Bogotá, noviembre 2006, pág. 27

Salazar en su obra *“las Políticas Públicas”*, la define como el: *“conjunto de sucesivas respuestas del Estado frente a situaciones consideradas socialmente como problemáticas”*⁸⁶

Por las definiciones expuestas podemos considerar, que las políticas públicas son programas efectuados por los gobiernos de cada Estado, destinadas a cumplir objetivos específicos, claros y concretos, ya sea en un sector de la sociedad o en un espacio geográfico, como por ejemplo seguridad, educación, salud, migración, etcétera.

Las políticas públicas examinan una gama de objetivos, medios y acciones definidas por el Estado, para cambiar parcial o totalmente a la sociedad, así como también sus resultados y efectos. Generalmente, las políticas públicas parten de normas jurídicas de diversas jerarquías, pueden ser constitucionales, legales, reglamentarias, decretos ejecutivos, resoluciones ministeriales, ordenanzas municipales, entre otras; también se expresan a través de planes, programas, proyectos y acciones promovidos por diversos niveles de gobierno, comúnmente por la función ejecutiva; así también, de las resoluciones judiciales de órganos de justicia nacional o internacional.⁸⁷

SERVICIOS PUBLICOS.

Ibarra Mares Albert⁸⁸, nos ayuda a entender que: *“El servicio público es la actividad destinada a satisfacer una necesidad colectiva de carácter material, económico o*

⁸⁶ Salazar, C. *“Las Políticas Públicas”*, Santa Fe de Bogotá, Javengraf. (1999), pág. 41

⁸⁷ Benalcázar Patricio, *“Políticas Públicas y Movilidad Humana en el escenario constitucional ecuatoriano”*, ver en: http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=99%3Apoliticas-publicas-y-movilidad-humana-en-el-escenario-constitucional-ecuatoriano&Itemid=49 consultado: 30/03/2013 a las 21h09.

⁸⁸ Ibarra Mares Albert, *“Introducción a las Finanzas Públicas”*, ver en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2010a/665/CARACTERISTICAS%20DE%20LOS%20SERVICIOS%20PUBLICOS.htm> consultado: 28/03/2013 a las 20h27.

cultural, mediante prestaciones concretas por parte del Estado, de particulares o ambos, sujetos a un régimen jurídico que les imponga adecuación, regularidad y uniformidad, con fines sociales”, los mismos que puede ser generados a partir de políticas públicas”.

Se define también como el *“conjunto de prestaciones reservadas en cada Estado a la órbita de las administraciones públicas y que tienen como finalidad la cobertura de determinadas prestaciones a los ciudadanos.”*⁸⁹

Los servicios públicos generalmente son brindados por entidades e instituciones del Estado, ya que tiene el fin de satisfacer necesidades de la sociedad. Es necesario que exista continuidad en el servicio, que sea uniforme, es decir, que beneficie a todos o a la mayoría de la sociedad, deben existir garantías de igualdad y seguridad en el servicio. Nuestra Constitución establece al respecto en el Art. 85:

“La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

- 1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.*
- 2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o*

⁸⁹ Ministerio de Protección Social, República de Colombia, Memorandum sobre servicios públicos esenciales, ver en: http://wsp.presidencia.gov.co/Especiales/2011/Documents/20110613_serviciosPublicos.pdf

prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.”

Finalmente concluyo que las políticas públicas y los servicios públicos son medios a través de los cuales el modelo Constitucional de Derechos y Justicia, garantiza de una u otra forma los derechos reconocidos por el sistema ecuatoriano. En la norma constitucional se establece que por lo general son elaborados por el Ejecutivo, pero nada impediría que los jueces bajo el ejercicio de su función, investida por su Autoridad en casos de reparaciones, se ordenara la implementación de dichas medidas cuando el contexto social lo requiera y pueda ser visibilizado a través de los demandas.

Por lo expuesto, podemos afirmar que la reparación no es un fenómeno netamente económico o material, sino que necesita de todo un conjunto de medidas que tiendan a modificar el entorno político y social en el que se tiene que insertar a las víctimas. Es así que, las juezas y jueces tienen la obligación de resolver, de acuerdo a las reglas y principios, cuál será el mecanismo idóneo para una verdadera reparación integral dentro del Estado ecuatoriano.



CAPITULO IV

DERECHO COMPARADO – COLOMBIA

IV.I DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES VIGENTES DE COLOMBIA.

INTRODUCCION:

Antes de conocer el contenido de las disposiciones constitucionales del Estado Colombiano, es necesario hacer un recorrido por la historia del proceso de Constitucionalización del Derecho de Daños durante el siglo XX y XXI. Las constituciones han existido desde la época antigua, sin embargo son varios los hechos que han influido en la conceptualidad constitucional de la responsabilidad así por ejemplo la Segunda Guerra Mundial, que dejó grandes secuelas en los Estados haciendo necesario una reestructuración del Estado y el valor que debía darse a los derechos.

A inicios del siglo XX, existía una total irresponsabilidad del Estado, que según el derecho anglosajón “*el rey no se equivoca*”, haciéndose imposible establecer responsabilidad en contra de la voluntad del rey. En una segunda etapa se consideró la posibilidad de que la organización estatal pudiera ocasionar daños.

El derecho privado llegó a ser el derecho constitutivo de las sociedades, junto al cual el Derecho Constitucional tenía una importancia secundaria. “*Le correspondía incluso un primacía material frente al Derecho Constitucional. Como sistema de las esferas y de los límites de las libertades asumió parcialmente el papel de los derechos fundamentales...no se produjo en aquel tiempo una influencia del Derecho Constitucional sobre el Derecho Privado*”.⁹⁰

Sin embargo a mediados del mismo siglo, se dio el proceso de Constitucionalización del derecho de responsabilidad cuyo eco y fundamento estaba en las normas de rango constitucional, lo cual permitió el abandono sistemático y gradual de disposiciones legales

⁹⁰ Enrique Gil Botero. “Constitucionalización del derecho de daños”. Pag.5

para encontrar el basamento del derecho de daños en las normas superiores. *“Se da así una lectura de la institución y del daño no con los lentes del civilista sino conforme a la dióptrica esclarecedora de la Constitución... avanzando de forma gradual al reconocer el permanente dialogo que existe entre las normas constitucionales y las instituciones propias de la responsabilidad”*.⁹¹

La posguerra, supuso el advenimiento de un constitucionalismo moderno, *“en el que estos textos determinaron la necesidad no solo de regular la organización estatal y el ejercicio del poder público, sino, también, delimitar las garantías esenciales de la persona frente a la administración pública y a particulares”*

El modelo constitucional de la modernidad, tuvo matices importantes ya que las dos guerras mundiales generaron la necesidad de adelantar procesos constitucionales en los cuales se fortaleciera no solo el contenido pragmático sino también garante de los ordenamientos jurídicos, vigorizando las instituciones políticas y los instrumentos establecidos para la protección de los bienes e intereses legítimos.

Los textos constitucionales se fortalecieron mucho más, con los concesos políticos que se generaron con la finalidad de dar mayor protección a derechos considerados esenciales al ser humano. Es decir nace de esta manera la suscripción de tratados y convenios internacionales que llegarían a integrar el ordenamiento jurídico de los Estados. Este cambio sigue latente en el siglo XXI.

Esta transformación se caracterizó por:

- I. *“Por el reconocimiento de que la soberanía reside en el pueblo y no en sentimientos nacionalistas o en el caudillo.*

⁹¹ Enrique Gil Botero. “Constitucionalización del derecho de daños”. Pag.2

- II. *La convocatoria a procesos constitucionales que sean representativos de la sociedad.*
- III. *La aprobación de constituciones políticas con un contenido amplio y totalmente garantista, en el que se consagra derechos de diferente naturaleza o generación, es decir, civiles o políticos, económicos y sociales, culturales, colectivos y grupales, entre otros.*
- IV. *Constituciones que consagran no solo derechos fundamentales sino principios y valores constitucionales.*
- V. *Mecanismo, instrumentos y órganos constitucionales para la protección de los derechos establecidos por el constituyente.”*

De esta breve explicación podemos concluir que la eficacia de los derechos de la persona y la colectividad, son el eje central de nuevo modelo constitucional moderno y postmoderno.

En la Constitución Colombiana de 1991, se consagra no solo derechos fundamentales, sino también aquellos llamados derechos económicos, sociales y colectivos, además se crearon los mecanismos para proteger y garantizar los derechos frente a las violaciones que se puedan cometer por parte del Estado o de terceros, así por ejemplo tenemos las acciones populares y de tutela.

En el Art. 2 de la Carta Magna Colombiana se establece, entre los fines esenciales del Estado, “*garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*”, así también “*las autoridades de la Republica están instituidas para proteger a todas las personas, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades...*”

También se establece la responsabilidad de las personas particulares, como también de aquellos que actúan bajo una potestad pública, es decir de los servidores públicos.⁹² Por otro lado, en cuanto a los daños ambientales, el Estado deberá imponer las sanciones legales, y exigir la reparación de los daños causados, según consta en el Art. 80 de la norma fundamental.

Respecto de la responsabilidad del Estado, se consagra la obligación de responder por los daños antijurídicos de manera patrimonial, si estos han sido causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

En el supuesto caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial por los daños, éste tendrá a su favor el derecho de repetición.⁹³

Hay quienes sostienen que lo consagrado en el Art 90 de la Constitución, da un avance a que la responsabilidad del Estado sea objetiva, es decir, una responsabilidad en la cual no es importante la presencia del elemento culpa, siendo únicamente necesario la existencia del daño antijurídico.

Art 90.- “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.”

Esta norma jurídica establece dos requisitos para que de esta manera opere la responsabilidad, en primer lugar la existencia del daño antijurídico y que éste sea

⁹² Constitución Política de Colombia, 1991, Art.6.

⁹³ Constitución Política de Colombia, 1991. Art 90.

imputable a la acción u omisión de una autoridad pública. El artículo 90 en el primer inciso consagra una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, aplicable por lo tanto al campo contractual y extracontractual.

En materia penal solo se establece como función de la Fiscalía General de la Nación, el solicitar al juez, las medidas necesarias para el restablecimiento del derecho y la reparación integral de las víctimas. Sin embargo este postulado no se ve corroborado con ninguna otra norma jurídica de carácter constitucional que obligue a los jueces en todos los casos, no solo penales, a una reparación integral.

IV.II EL CODIGO CIVIL COLOMBIANO Y SU ALCANCE EN EL DERECHO DE DAÑOS.

El Código Civil Colombiano, es un hijo del Código de Andrés Bello, el cual fue redactado a la luz del Código Civil Francés, este fue adoptado en 1887 a través de la ley 57.

Con respecto a las disposiciones legales referentes al derecho de daños podemos mencionar que la indemnización de perjuicios, comprende el daño emergente y lucro cesante, esto en el ámbito de la responsabilidad contractual, por otro lado, también nos da un concepto de lo que debe entenderse por daño emergente y lucro cesante, siendo el primero, *“el perjuicio o la perdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse incumplido imperfectamente, o de haberse retardado en su cumplimiento”*; el segundo es *“la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”*⁹⁴

Ahora bien, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, podemos apreciar que el Código Civil Colombiano, desde el Art 2341 desarrolla que, *“el que cometido un delito o*

⁹⁴ Código Civil Colombiano, 1887, Art 1613 y 1614.

culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización (...)"; estando legitimados para solicitar la indemnización el dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o también el que es habitador, usufructuario, etc. Están obligados a la reparación la persona que provocó el daño y sus herederos.⁹⁵

También el Código Civil, establece la responsabilidad solidaria, cuando se ha producido daños por un delito o culpa que ha sido cometido por dos o más personas. Serán responsables de todos los perjuicios.⁹⁶

De igual manera, se establece supuesto de responsabilidad civil por daños, así por ejemplo, responsabilidad por ebriedad, por edificación en ruina, por animal doméstico entre otros.

En el Art. 2356, se establece la responsabilidad por malicia o negligencia, en donde por regla general todo daño que puedan imputarse a estas, es decir la malicia y la negligencia, debe ser reparado. Menciona de manera taxativa supuestos, como aquel que dispara imprudentemente un arma de fuego, el que remueve las losas de una acequia o cañería... sin las preocupaciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan, entre varios supuestos más.

Finalmente podemos determinar que puede darse una reducción de la indemnización, siempre y cuando la víctima o el perjudicado en sus derechos, se haya expuesto al daño de manera imprudente.⁹⁷

⁹⁵ Código Civil Colombiano, 1887, Art 2342, Art 2342.

⁹⁶ Código Civil Colombiano, 1887, Art 2344.

⁹⁷ Código Civil Colombiano, 1887, Art 2357.

IV.III LA REPARACION INTEGRAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

La Corte Constitucional, ha dirigido gran parte de su jurisprudencia a la reparación integral, siendo los casos puestos a su conocimiento, aquellos referentes a desplazamientos forzados dados en Colombia.

La primera Sentencia Constitucional en esta materia es la C – 1149 de 2011, recoge aquellos principios dados por las Naciones Unidas mediante el Protocolo para la *“Protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”*. Consideran que la víctima tiene derecho la verdad y justicia.

Esta postura constitucional fue reafirmada a través de la sentencia C -45 de 2006, en la que la Corte afirma que en la aplicación de las facultades de interpretación que se derivan del Art 93 de la carta fundamental colombiana, en cuanto a la determinación del alcance de los derechos conforme a los estándares internacionales, (*“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”*), este órgano ha acogido los desarrollos que el derecho y la doctrina han efectuado en relación con los derechos de las víctimas, en los delitos graves, haciendo extensivos sus principios y concepciones básicas, a las víctimas en general. Así ha señalado de manera textual que:

“las víctimas de los delitos tienen un derecho a la verdad y a la justicia, que desborda el campo de la simple reparación, tal y como lo ha señalado con claridad la doctrina internacional materia de derechos, que es relevante para interpretar el alcance de los derechos constitucionales (CP art. 93). Por ello, los derechos de las víctimas trascienden el campo puramente patrimonial”

Bajo este análisis, señalando las bases, la Corte Constitucional empieza a determinar los alcances de la reparación integral dentro de la justicia constitucional colombiana, ya que las sentencias constitucionales tienen fuerza vinculante, adquiriendo validez para todo el ordenamiento jurídico. En virtud de esta jurisprudencia, se trasciende el esquema tradicional de la reparación reducida a la indemnización, reconociendo que los daños causados por un acto u omisión antijurídica, no puede contraerse a la simple transacción monetaria ya que, si bien la indemnización constituye una alternativa menos conflictiva, esta no debe ser considerada como la única.⁹⁸

La Corte Constitucional Colombia considera que: *“el derecho a obtener reparación es de carácter integral”, significa que su alcance excede la visión meramente económica de la participación de víctimas dentro de los procesos llevados contra los responsables del daño, y debe abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima a nivel individual y comunitario”*.

En el plano individual, las medidas de reparación según la corte abarcan, *“la restitutio in integrum o reposición de la situación a su estado original; la indemnización o reparación por equivalencia en dinero; la satisfacción o reparación moral.”*

En el plano comunitario, *“las víctimas de violación de derechos, tiene derecho a una reparación colectiva que exige por parte del Estado la implementación de medidas económicas y simbólicas de satisfacción colectiva, garantías de no repetición, y acciones orientadas a la reconstrucción psicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia.”*⁹⁹ La Corte reconoce que la reparación integral concierne la violación de derechos producida en todos los

⁹⁸ Sentencia C-208 de 2002.

⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-458 de 2010.

ámbitos, esto es, tanto en materia penal como civil, como en relación a las garantías jurisdiccionales, como la acción de tutela, como a las acciones populares.¹⁰⁰ Las sentencias de la Corte Constitucional apoyan su fundamentación jurídica en la jurisprudencia de la Corte IDH y en la Convención Americana de Derechos Humanos, evidenciado de esta manera que el concepto de reparación integral debe ser desarrollado a la luz de la jurisprudencia internacional y los tratados y convenios internacionales.

El margen de discrecionalidad para la adopción de medidas de reparación, se enmarca en la libertad que demanda el caso concreto y encuentra su fundamento en el vacío normativo existente en el ordenamiento interno, respecto al contenido y formas de reparación integral. No obstante, según lo establecido en la sentencia 228-2002, este margen de apreciación tiene como límite la Constitución ya que: “(...) *tanto los contornos, características y contenidos que puede revestir el derecho de reparación integral, como las formas procedimentales que deben seguirse para hacer efectivo el derecho son del fuero del Legislador y su poder de libre configuración sólo está restringido, cuando resulte evidente que la ordenación legal del derecho y/o del rito procesal con que se garantiza su eficacia o protección, han sido dispuestos con desconocimiento de la Constitución*”.

El contenido que adquiere la reparación integral en el contexto colombiano, responde principalmente a tres derechos de las víctimas, **el derecho a la verdad, justicia y reparación**, y es por ello que se considera como forma de reparación el pronunciamiento judicial sobre la responsabilidad y sanción del sujeto agresor a través de la sentencia, como el resultado de un proceso de verificación y averiguación a la verdad que desagravia la víctima, constituyendo una medida de satisfacción¹⁰¹.

¹⁰⁰ Ibídem.

¹⁰¹ Sentencia C- 282-2002.

La Corte colombiana establece que aunque las diferentes medidas adoptadas respondan los diferentes intereses de las víctimas, existen elementos inescindibles de la reparación integral tales como la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, que podrán ser utilizado conjuntamente o de manera independiente y que esta última opción no implica que no se configure el sentido integral de la misma.¹⁰²

Los elementos que identifican la naturaleza “*integral*” de la reparación no sólo deben referirse a: “[...] *la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil reconocida como consecuencia del daño causado por el delito o, reparación en sentido lato, sino a cualesquiera otras expresiones que contengan la verdad y la justicia, así como las actuaciones que de modo razonable reclame la víctima*”¹⁰³

En este sentido la Corte “*Ha reiterado que la reparación debe ser adecuada, efectiva, rápida, proporcional al daño causado, plena e integral y que por tanto la reparación comprende medidas tales como: la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición*”.¹⁰⁴

También ha enfatizado en que el titular del derecho a la reparación son las víctimas pero también la sociedad como un todo, y que por tanto este derecho tiene tanto un contenido individual como también un contenido colectivo o comunitario.¹⁰⁵ Existe una conexidad intrínseca entre los derechos a **la verdad, a la justicia y a la reparación**.

¹⁰² Sentencia Corte Constitucional de Colombia, C-775 de 2003.

¹⁰³ Sentencia Corte Constitucional de Colombia, C-409 de 2009.

¹⁰⁴ Sentencia SU 254/13, apartado 5.2. punto (iv).

¹⁰⁵ Ibídem, punto (v).

IV.IV LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y REPARACION INTEGRAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO.

Si bien la investigación realizada se concentra en la Constitucionalización del Derecho de Daños, es necesario tomar en consideración la jurisprudencia del Consejo de Estado, ya que este órgano desarrolla el principio de reparación integral en su jurisprudencia a partir del Art 90 de la Constitución, como fundamento principal de la responsabilidad. Esta jurisprudencia es acogida por todos los jueces a la hora de ordenar reparaciones en sentencia.

El Consejo de Estado, es el órgano máximo de la jurisdicción contencioso administrativa, la cual se encarga de resolver y dirimir los conflictos que se generan entre particulares y el Estado. La jurisprudencia generada por este órgano, es de vital importancia en el campo de las reparaciones, teniendo en consideración que el Estado Colombiano estado obligado a reparar integralmente los daños antijurídicos que le sean imputables jurídicamente, según se desprende de la norma constitucional, artículo noventa.

Art 90.- “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.”

El Estado Colombiano según la jurisprudencia de este órgano, se encuentra obligado a la reparación según el título de imputación, el cual tiene su origen en el tipo de daño, por ejemplo, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal, se podrá reclamar y reconocer estos tipos de perjuicios:

“(…) i) los materiales de daño emergente y lucro cesante; ii) y los inmateriales, correspondientes al moral, a la salud o fisiológico, el primero tendente a compensar la

aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal”¹⁰⁶

Para la exigencia de la reparación por concepto de daño o perjuicio moral, se exige para su procedencia, la configuración de los requisitos del daño, es decir, que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual, y que tenga relación con un bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico colombiano.

La responsabilidad extracontractual del Estado, en la legislación colombiana ha sufrido una transformación jurídica importante antes de la vigencia de la Constitución de 1991. Durante el siglo XIX, la Corte Suprema de Justicia, fue el órgano jurisdiccional que tenía competencia en materia de responsabilidad del Estado, en virtud del artículo 151 de la Constitución colombiana de 1886, estableciendo como atribución de este máximo órgano de administración de justicia *“los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación (...)”¹⁰⁷*

Sin embargo, a partir de 1913 con la expedición de la Ley 130, facultaba al Consejo de Estado conocer las causas que implicaban responsabilidad por parte del Estado, como consecuencia de la declaratoria de nulidad en un proceso. Posteriormente en 1918, con la expedición de la Ley 38, las facultades de conocimiento de causas de este órgano se ampliaron para conocer aquellas reclamaciones realizada por los administrados contra el Estado sobre expropiaciones o daños a la propiedad derivadas de disposiciones administrativas.

En 1964, con el decreto 528, se determinó la competencia del Consejo de Estado para conocer aquellas controversias relacionadas con la Administración Pública. Para este órgano, ***“la falla del servicio”***, en primer término, era fundamento de la determinación de la responsabilidad

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicado No. 05001-23-25-000-1994-00020-01, 14 de septiembre de 2011.

¹⁰⁷ Constitución Colombiana de 1886.

del Estado, logrando de esta manera consolidar y extender la noción de “*falla del servicio*” a todos y cada uno de los servicios públicos administrativos. Sin embargo muchas causas fueron resueltas por el Consejo de Estado bajo el fundamento de la teoría del riesgo, con lo que la “falla del servicio” no constituía el único fundamento de la responsabilidad del Estado.

El Consejo de Estado ha establecido en numerosas sentencias, el régimen de responsabilidad del Estado por riesgo excepcional, la misma que se reafirmó dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado con la sentencia del 20 de Febrero de 1989, donde se expresó:

“Responsabilidad por riesgo excepcional. Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional” que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que deriva de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio”

Parte su motivación, está en el Art 90 de la Constitución Colombiana, la cual determina que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Se desplazó el fundamento de la responsabilidad del Estado, de la ilicitud de la conducta del causante del daño, al daño en sí mismo, siempre y cuando este fuese antijurídico. Cambiando la naturaleza y la finalidad de la institución jurídica, de simplemente sancionatoria a típicamente reparatoria, tomando en cuenta, no tanto al agente del daño sino a su víctima

Considera que es un régimen objetivo, en el que no es necesario la demostración de uno de los elementos de la responsabilidad “*falla del servicio*”, es decir, tanto el actor como el

demandado no están obligados, el primero por un lado a probar la falla del servicio, y el segundo a desvirtuarlo. El Estado solo se exonera de la responsabilidad con la demostración de la existencia de una causa extraña.

El juez, cuando tenga conocimiento de causas que se encuentre dentro de este régimen, debe establecer la existencia del daño antijurídico y la imputabilidad al Estado, basta la materialización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Para exonerarse de responsabilidad, el Estado deberá probar la existencia de fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.

La forma en la que se encuentra regulada la responsabilidad extracontractual del Estado dentro del ordenamiento jurídico colombiano, evidencia una influencia de la doctrina española, ya que ha permitido abordar esta figura de la responsabilidad del Estado desde un punto de vista objetivo, permitiendo al operador de justicia ampliar sus horizontes, dejando de la lado la tesis de la falla del servicio como el único y exclusivo fundamento de la responsabilidad. Esto no quiere decir que se haya dejado de lado en su totalidad dicha tesis, sino más bien ha ampliado su ámbito de aplicación. En otras palabras la aplicación de los elementos falla del servicio y el daño antijurídico, constituyen elementos esenciales para la determinación de la responsabilidad del estado, generando la obligación de resarcir en su totalidad el detrimento causado al particular.

El consejo de Estado Colombiano, conceptualiza de manera general a la reparación integral como la necesidad de devolver a la persona a la situación anterior a la violación, en consecuencia *“la reparación integral tiene que ver, de un lado, con lograr que las víctimas puedan mejorar la situación en la que las sumergió el daño, superar el miedo, la zozobra, y la desesperanza así como recuperar su dignidad y autoestima de modo que le sea factible ejercer a cabalidad sus derechos; y, de otro, con mostrar que el Estado se encuentra atento al*

restablecimiento de la confianza institucional resquebrajada frente a las víctimas directas e indirectas y la comunidad política que no entendería que causado el daño y habiéndole sido atribuido a sus autoridades no se tenga que indemnizar plenamente. (...) la reparación, hace relación a un grupo de medidas que se encaminan a lograr que las víctimas reciban una respuesta o reparación integral, y, a establecer medidas para garantizar el fin de las atrocidades y prevenir o evitar que estas se vuelvan a cometer.”¹⁰⁸

A decir de este órgano, al aplicar la reparación integral se debe analizar qué derecho ha sido conculcado, su ámbito de aplicación, sus alcances. En segundo lugar hay que precisar el sujeto sobre quién recae la responsabilidad de reparar pudiendo ser el Estado o un particular, sea este persona natural o jurídica.¹⁰⁹

El juez, deberá verificar con que potestades y facultades cuenta para obtener el resarcimiento del daño, ya sea a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos facticos lo permiten a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones.

El Consejo de Estado en el año 2011, empieza a introducir varios cambios que aclaran y permiten una mejor aplicación del principio de reparación integral. Se considera que *“el principio de reparación integral en Colombia impone la obligación de que el juez, con apoyo en los cánones y principios constitucionales, establezcan una “justa y correcta” medición del daño producido, de tal forma que opere el resarcimiento pleno, sin que ello suponga un enriquecimiento injustificado para la víctima”*.¹¹⁰

¹⁰⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicado No.05001-23-25-000-1995-01209-01(21884), 14 de junio de 2012.

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Radicado: 05001-23-31-000-1998-02290-01(29273) A, de 19 de octubre de 2007.

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicado No.05001-23-31-000-2007-00139-01(38222), 14 de septiembre de 2011.

En este sentido el Consejo de Estado estima que la cuantificación del daño tiene como límite dos principios, por una parte la reparación integral del daño y, por otra, el enriquecimiento injusto *“por ello el resarcimiento debe cubrir nada más que el daño causado, pues si va más allá, representaría un enriquecimiento ilegítimo del afectado, y si es menor, constituiría un empobrecimiento correlativo, desnaturalizándose así los principios de dignidad humana y de igualdad, que constituyen pilares basilares del modelo Social de Derecho”*¹¹¹

IV.V SENTENCIAS CONTRA EL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC.

Muchas sentencias por reparaciones directas se han dirigido en Colombia, en contra del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC- Cárcel de mediana y máxima seguridad de la ciudad de Popayán. La mayoría de los casos de violaciones de derechos, se presenta por agresiones que sufren los reclusos por parte de otros reclusos, a pesar de la presencia de los guardias, que cuidan por mantener el orden entre los internos del centro.

Los procesos judiciales, han ido encaminados a que se declare la responsabilidad patrimonial de la administración, es decir del Estado, como consecuencia, esencialmente de una omisión, ya que el Estado está en la obligación de proporcionar a los internos protección, vigilancia y seguridad. Esto implica básicamente que el Estado tiene el deber de reinsertar a los reclusos en la sociedad, en mejores o por lo menos en las mismas circunstancias físicas y psicológicas en la que ingresaron al centro penitenciario, pero jamás empeorar su situación.

Ahora realizaremos un análisis pormenorizado de varios aspectos, de los cuales podemos destacar, **i) el título de la imputación atribuible al Estado, ii) la reparación del daño, iii) los daños morales, daño a la salud, daños a la vida de relación.**

Con respecto al **i) título de imputación atribuible al Estado**, podemos destacar que los jueces han utilizado la jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado, estimando que la

¹¹¹ Ibídem.

obligación del Estado es de carácter legal, mas no de carácter contractual, reconociéndose *la falla probada del servicio* como título de imputación de responsabilidad del Estado. Finalmente, en relación a las lesiones y muertes de reclusos ha manifestado que el régimen de responsabilidad aplicable es el daño especial.

Según los archivos, y las sentencias que se han obtenido de los juzgados administrativos de Popayán, en la acciones de reparación directa en contra de INPEC, la imputación ha ido variando, ya que en el 2010 hasta mediados del 2011 solo se utilizaba *la falla probada del servicio*, posterior a estas fechas muchas sentencias encontramos que el título de imputación atribuible al Estado, es el *daño especial*; sin embargo en el 2012 las mayoría de casos fueron fallados de acuerdo a la teoría del daño especial.

Los jueces respecto del título de imputación *la falla del servicio*, considera que se trata de un título de imputación subjetivo, que se configura desde que se produce el daño en la persona, por el mal funcionamiento del servicio carcelario, ya que puede haberse dado el supuesto de que no funcionó cuando debía hacerlo, lo hizo fuera de tiempo o lo hizo de manera inadecuada. Bajo esta consideración, el Estado solo podría exonerarse de la responsabilidad siempre que demuestre con pruebas validas que su actuación o su servicio fue oportuno, diligente, prudente y con pericia, o, también que los hechos de violación de los derechos de los internos se produjo por fuerza mayor, caso fortuito, o por la culpa de mismo interno o de un tercero.

Como lo anote anteriormente, muchas sentencias se determinaron la responsabilidad del Estado, bajo el título de imputación del *daño especial*, el cual es un régimen de responsabilidad objetivo, es decir esta responsabilidad nace de forma independiente a la conducta adelantada por la entidad demandada y como consecuencia de las obligaciones del Estado de garantizar la seguridad personal de los internos, por lo que el Estado solo podrá desvirtuar su responsabilidad probando que el daño se produjo por una causa extraña.

Las personas privadas de su libertad, en un centro penitenciario no están obligados jurídicamente a sufrir la vulneración de sus derechos, especialmente a la vida y su integridad personal. Este análisis se desprende de los argumentos jurídicos en los que se basaron los jueces para motivar sus resoluciones en la determinación de la responsabilidad del Estado.

En los casos de muerte y lesiones que sufrieron muchos internos por las agresiones que recibieron por parte de otros internos o por la guardia carcelaria, el título de imputación aplicable es el daño especial, ya que la principal consecuencia de la relación especial de sujeción pone al individuo en una situación de indefensión mayor a la de cualquier ciudadano, puesto que se ve restringido su derecho de movilidad, ocupando un espacio reducido con otros internos, siendo circunstancial al especial vínculo con el Estado a través de la resolución judicial que limita su derecho de libertad. Coloca al individuo en una situación en la que, aunque el poder público cumpla con sus obligaciones asignadas por el ordenamiento jurídico, puede darse un desequilibrio en las cargas públicas que puede conllevar una afectación de los derechos a la vida o la integridad física. Esta imputación implica un juicio de equidad, en el que se establece que una carga pública desproporcionada implica un daño antijurídico.¹¹²

En conclusión, el daño especial permite derivar la responsabilidad de la entidad carcelaria, cuando se ha causado lesiones o muerte a los internos, que se encuentran en una relación de insubordinación e indefensión, sin que exista acreditación del incumplimiento de las obligaciones de carácter administrativo.

En cuanto a **ii) la reparación del daño**, los jueces dictaron sentencias a favor de los internos por los perjuicios morales, por daño a la salud, y por daño a la vida en relación es decir perjuicios inmateriales, siguiendo la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, cuyo órgano considera que el daño inmaterial abarca, el daño moral, el daño a la salud constituido por el

¹¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 09 de junio de 2010, C.P.: Enrique Gil Botero, Radicado: 19001-23-31-000-1997-08006(19849).

prejuicio fisiológico o biológico, y cualquier otro bien, derecho o interés jurídicamente tutelado constitucionalmente.¹¹³

Los jueces realizaron consideraciones que giraban alrededor de los exigidos en la demanda por parte de los accionantes, y en consideración a los daños sufridos en la integridad física de los internos, por lo que la entidad carcelaria debía prestar los servicios médicos necesarios para los reclusos y en los casos de mayor gravedad debía darse el traslado a los hospitales según el nivel de requerimiento. Los jueces en Popayán se preocuparon por establecer el daño en concreto padecido por la víctima, por ello han adoptado la jurisprudencia del Consejo de Estado y sus nuevos conceptos en torno a la responsabilidad del Estado y el principio de reparación integral. En la actualidad, los juzgados fallan como perjuicios inmateriales el daño a la salud, también conocido como perjuicios fisiológicos o por goce a la vida.¹¹⁴

Respecto a los **daños morales**, la indemnización es tasada por el juez, es decir, el perjuicio está sujeto al prudente arbitrio del juez. El hecho de calificarse las lesiones en leves o graves, no se constituyen en una presunción de carácter probatorio que permita al juez establecer el monto de la indemnización, ya que es de la naturaleza de todo ser humano que, una vez que ha sido lesionado o agredido en sus derechos, se sienta agraviado, angustiado y con zozobra, por esto, es obligación de la entidad demandada reparar, en la medida posible, aquel estado padecido por la víctima como consecuencia de la conducta, sin atender a sus calidades sociales o morales.

¹¹³ Consejo de estado, Sección Tercera, sentencia 14 de septiembre de 2011, CP: Enrique Gil Botero Radicado: 051233100020070013901 (38.222).

¹¹⁴ La evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado lo podemos encontrar en las siguientes sentencias; Consejo de estado, Sección Tercera, sentencia 14 de septiembre de 2011, CP: Enrique Gil Botero Radicado: 051233100020070013901 (38.222); Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 julio de 1993, C.P.: Daniel Suárez Hernández Radicado: 7772; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 19 de julio de 2000, C.P.: Alier Eduardo Hernández Radicado: 11842; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 15 de agosto de 2007, CP: Mauricio Fajardo Gómez, exp. AG 2003-385.

También los juzgados se pronuncia sobre las víctimas indirectas por la violación de derechos, en la cual consideran que es inherente a todo ser humano, que la afectación de un familiar cercano o de una persona allegada genere dolor moral en las personas más próximas, por tanto el perjuicio moral se debe presumir sin hacerlo depender, en los eventos de lesiones corporales, de que éstas sean leves o graves.

El daño a la salud, se da cuando el daño proviene de una lesión corporal, no se dirige a las afectaciones que se puedan producir en las manifestaciones externas, relacionales o sociales de la persona, sino que gana concreción en la medida en que se enfoca en la parte física, biológica y de salud de la víctima.

Está integrado por dos componentes: uno objetivo, determinado por el porcentaje de invalidez o discapacidad dictaminado por la autoridad en salud competente para ello, y uno subjetivo referido a la autonomía del juez, mediante el cual se podrá aumentar el primer valor obtenido del componente objetivo, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso, así se han manifestado los jueces en reiteradas ocasiones sobre este daño. Sin embargo esto daría lugar a que se genere una punición que estaría relacionada con los daños punitivos, según lo desarrollado en capítulos anteriores.

Finalmente, por **el daño a la vida de relación**, se ha considerado como aquel que pasa del perjuicio fisiológico a afectar directamente la esfera extrínseca de la persona al relacionarse con las demás personas. Según la jurisprudencia este daño no trata de indemnizar la tristeza o el dolor, lo cual se hace mediante la indemnización por perjuicios morales y tampoco busca resarcir las consecuencias patrimoniales que siguen para la víctima como consecuencia de la lesión, sino que busca compensar en aras de otorgar al damnificado una indemnización integral, la mengua en sus posibilidades de realizar actividades, que de no mediar la conducta dañina, la víctima hubiese podido ejecutar con normalidad.

Todo lo antes expresado se sintetiza en un cuadro en el que constan las 12 sentencias emitidas por los jueces en contra del INPEC, haciendo hincapié en las pautas de reparación tomadas en consideración por los jueces al momento de emitir su sentencia.

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO

EXPEDIENTE	INMATERIAL			MATERIAL		VICTIMA		IMPUTACION		
Nº	Perjuicios morales	Daño a la Salud	Daño a la vida de relación	Lucro Cesante	Daño Emergente	Directa (VD)	Indirecta (vi)	Falla en el servicio	Riesgo Excepcional	Daño Especial
20050092700	X					X		X		
20070008800	X					X		X		
20070017100	X	X				X		X		
20060069600	X					X				X
20060091100	X					X		X		
20070007900	X					X		X		
20060079900	X					X		X		
20060044400 / 20060049	X (VD) X (VI)		X (VD)			X	X	X		
20060004500	X					X				X
20070039700	X					X		X		
29100001900	X					X				X
2010009200	X					X				X
TOTAL	12	1	1	0	0	12	1	8		4

IV.VI SENTENCIA CONTRA LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A (EPS SANITAS S.A).

La demanda fue presentada por Omar Verano Lemus, Amira del Carmen Garzón Rodríguez, Luisa Fernanda y Paula Natalia Verano Garzón y Omar Andrés Verano Gracia, la cual pretendía que se declare la responsabilidad civil solidaria de las demandadas por los perjuicios causados por el fallecimiento del Señor Aream Alexander Verano Garzón, condenándoles de igual manera a pagar los daños y perjuicios materiales y morales, que resulte al momento de dictarse el fallo, así como también las costas procesales que diera lugar la sustanciación del proceso. (fls. 34-36 y 41, cdno.1).

Los hechos que anteceden a la presentación de la demanda son:

Era un hogar formado por Omar Verano Lemus y Amira del Carmen Garzón, nacen Luisa Fernanda, Paula Natalia y el mayor Aream Alexander Verano Garzón. Aream Alexander, el 12 de diciembre de 1997, por dificultades respiratorias, acudió al servicio médico de un especialista, quien después de examinarlo, le sugirió la cirugía de “*septoplastia y turbinoplastia*”¹¹⁵, cuya práctica se programó para el 23 de ese mes y año en la Asociación Médica de Especialistas Pragma S.A., donde ingresó a las 8:00 de la mañana, realizó exámenes, constató su buen estado de salud, fue intervenido y salió las 3:30 de la tarde.

El 27 de diciembre siguiente, el paciente falleció por “disfunción orgánica múltiple, sepsis, post-operatorio de septoplastia”, según consta en la necropsia. Aream Alexander, cursaba tercer semestre de Ingeniería de Sistemas en la Universidad Central, trabajaba de mensajero en la Empresa Publicar S.A. desde el 1º de abril de 1996 con último salario mensual de \$366.000,

¹¹⁵Es una cirugía que se lleva a cabo para corregir cualquier problema en el tabique nasal, la estructura en el interior de la nariz que separa la nariz en dos cámaras. La turbinoplastia es una cirugía que tienen como objetivo remodelar los cornetes para dar como resultado un cambio funcional en la respiración del paciente. El cambio más notorio es la mejoría en la respiración a través de la nariz. (medlineplus.gov/spanish/ency/article/003012.htm)

estaba afiliado a la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. al ocurrir su fallecimiento y era padre del menor Omar Andrés Verano Gracia.

La muerte causó a todos los demandantes daños materiales por privación de rentas de trabajo, alimentos y ayuda económica a su hijo menor durante 16 años, 9 meses y 3 días cuando terminaría sus estudios universitarios, la contribución a sus padres y hermanas, tasados en el 75% de su salario actualizado entre 1998 al 2002, y al concluir la Universidad en el año 2003, tomando \$4.000.000 mensuales, ingreso de un profesional incrementado anualmente en el 18%, con deducción del 50% para sus gastos personales; y, también morales.

Trabada la litis, la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A.-EPS Sanitas S.A. resistió las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y propuso las excepciones de fondo denominadas inexistencia de la obligación y del derecho alegado, en síntesis, por no existir con el fallecido relación jurídica diversa a su afiliación al plan obligatorio de salud en cuyo cumplimiento celebró contrato de prestación de servicios médico asistenciales, con POS SALUD LTDA, quien contrató a Pragma Médica S.A., responsable por la calidad del servicio, los actos u omisiones de sus profesionales y personal administrativo (fls. 53-59, cdno. 1). 1).

La sentencia de primer grado proferida por el Juez Promiscuo del Circuito de La Palma, el 24 de mayo de 2006, desestimó las pretensiones, se abstuvo de pronunciarse sobre las excepciones de mérito y condenó en costas a los demandantes (fls. 471-478, cdno. 1).

Interpusieron el recurso de apelación, puesto que el juez de primera instancia desestimó las pretensiones considerando que no existían elementos probatorios suficientes y sobre todo que el documento público de la investigación penal de la muerte, no cumplía con los requisitos exigidos por la ley, es decir con los requisitos del valor probatorio de las copias que se incorporan dentro del proceso.

Pese a la presentación del recurso de apelación, la providencia de primera instancia fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, el 24 de enero de 2008.

Los actores de la demanda, presentaron recursos de casación, que ha hecho sin lugar a dudas que la Corte se pronuncie sobre el asunto de fondo. A respecto ha hecho las siguientes consideraciones:

Respecto de la **legitimación en la causa**, establece que es el interés legítimo, serio y actual del “*titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico*”, es la causa y efecto “*de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva), y el juez debe verificarla “con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular”*”(cas. civ. sentencia de 1º de julio de 2008, (SC-061-2008), exp. 11001-3103-033-2001-06291-01).

Está legitimado por lo tanto a pretender indemnización de perjuicios toda persona a quien se le ha causado daño, ya sea de manera directa o indirecta. (Art. 2342, Código Civil).

La Corte, expresó:

“Cuando la víctima directa de un acto lesivo, fallece como consecuencia del mismo, sus herederos están legitimados para reclamar la indemnización del perjuicio por ella padecido, mediante el ejercicio de la denominada acción hereditaria o acción hereditatis, transmitida por el causante, y en la cual demandan, por cuenta de éste, la reparación del daño que hubiere recibido.”

“Dicha acción es de índole contractual o extracontractual, según que la muerte del causante sea fruto de la infracción de compromisos previamente adquiridos con el agente del daño, o

que se dé al margen de una relación de tal linaje, y como consecuencia del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a los demás.”

Después, al iterar la precedente doctrina, indicó la Corte:

“El daño podrá causarse a uno o varios titulares de intereses, evento en que, en línea de principio, a cada cual, le asiste el legítimo derecho para obtener el resarcimiento de su detrimento exclusivo, singular, concreto y específico.

“En veces, no obstante, un sujeto está legitimado para reclamar la reparación no solo de su propio daño sino del ocasionado a otro, entre otras hipótesis, con la muerte de la víctima, por la cual sus herederos adquieren ope legis legitimación para pretender la indemnización inherente al quebranto de sus derechos.”

La Corte declaró que existe total legitimación en la causa de los actores. Ahora en lo que respecta a la responsabilidad civil, y en especial la médica, esta puede ser contractual y extracontractual. Sin embargo el juez tiene el deber constitucional y legal de interpretar la demanda para ubicar con exactitud la responsabilidad civil, particularmente en casos de duda, o confusión. El análisis lógico, sistemático, integral realizado por la Corte, determina que la responsabilidad suplicada por los demandantes mediante el ejercicio de la acción iure proprio, *“es extracontractual”*, por tratarse de terceros ajenos al vínculo, quienes no pueden invocar el contrato para exigir la indemnización de sus propios daños *“con el fallecimiento de la víctima - contratante, debiendo situarse, para tal propósito, en el campo de la responsabilidad extracontractual”* (cas. civ. sentencia de 18 de mayo de 2005, [SC-084-2005], exp. 14415).

Ahora en cuanto a la **legitimación pasiva**, la demanda se dirige contra la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. y la Asociación Médica de Especialistas Pragma S.A.-Clínica Pragma S.A. por la muerte de Aream Alexander Verano Garzón a consecuencia de la intervención quirúrgica practicada el 23 de diciembre de 1997.

En el artículo 48 de la Constitución Política, la función básica de las Entidades Promotoras de Salud es “*organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados*”, y la de “*establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud*”(artículo 177, num. 6º, ibídem, subraya la Sala), que les impone el deber legal de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios de salud, por cuya inobservancia comprometen su responsabilidad, sea que lo presten directamente o mediante contratos con las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) y profesionales respectivos.

Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas. La responsabilidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), es contractual o extracontractual.

Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual, naturaleza expresamente prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1983 que prohíbe a las EPS “*en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados*”, y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los “*contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados*” y los planes

complementarios. Contrario sensu, la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual. Cuando se ocasiona el daño por varias personas o, en cuya causación intervienen varios agentes o autores, todos son solidariamente responsables frente a la víctima (art. 2344, Código Civil; cas. civ. sentencias de 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp.6430; 18 de mayo de 2005, SC-084-2005], exp. 14415). Frente a esta análisis existe legitimación pasiva en la causa de la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. y la Asociación Médica de Especialistas Pragma S.A.-Clínica Pragma S.A.

La Corte considera que la salud, es derecho fundamental vinculado a la vida e integridad de las personas, base cardinal indisociable sin la cual el orden jurídico constituiría un simple enunciado vacuo, teórico e inocuo. La prestación del servicio médico y los servicios de salud, constituye derecho esencial del ser humano con singular y reforzada tutela normativa, a punto de ser deber constitucional del Estado, las instituciones prestadoras y del profesional. Al profesional de la salud, es exigible una especial diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia y el arte, sobre él gravitan prestaciones concretas, sin llegar a extremo rigor, considerada la notable incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad de las personas. En este contexto, por regla general, la responsabilidad del médico no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa, entendida no como error en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las del autor del daño, sino más exactamente en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la ley, mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de experiencia y su particular proyección en la salud de las personas (arts. 12, Ley 23 de 1981 y 8° decreto 2280 de 1981).

La Corte puntualiza ciertas cosas respecto de la historia clínica. La historia clínica consigna de manera cronológica, clara, precisa, fidedigna, completa, expresa y legible todo el cuadro clínico en las distintas fases del acto médico desde su iniciación hasta su culminación, a partir del ingreso del paciente a una institución de salud a su salida, incluso en la rehabilitación, seguimiento y control; contiene el registro de los antecedentes, y el estado de salud del paciente, la anamnesis, el diagnóstico, tratamiento, medicamentos aplicados, la evolución, el seguimiento, control, protocolo quirúrgico, indicación del equipo médico, registro de la anestesia, los estudios complementarios, la ubicación en el centro hospitalario, el personal, las pruebas diagnósticas, etcétera. Su elaboración es una obligación imperativa del profesional e instituciones prestadoras del servicio, y su omisión u observancia defectuosa, irregular e incompleta, entraña importantes consecuencias, no sólo en el ámbito disciplinario sino en los procesos judiciales, en especial, de responsabilidad civil, por constituir incumplimiento de una obligación legal integrante de la respectiva relación jurídica.

El derecho o interés jurídico quebrantado, según la Corte, la omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no sólo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la persona en su vida, salud e integridad sicofísica a consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado, “*la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto*”(artículo 16, Ley 23 de 1981), salvo si expone al “*paciente a riesgos injustificados*”(artículo 15, ibídem), o actúa contra su voluntad o decisión negativa o, trata procedimientos experimentales no consentidos expressis verbis,

pues en tal caso, el médico asume los riesgos, vulnera la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.

Para la Corte, es incontestable la responsabilidad civil extracontractual de las demandadas por el acto del médico, la muerte del paciente afiliado por la infección sobrevenida después de la cirugía, la falta de atención oportuna y eficiente, el daño y la relación de causalidad, según acreditan las pruebas precedentes, actos que comprometen en forma solidaria a la Entidad Promotora de Salud y a la Institución Prestadora de Salud, por lo expuesto con antelación.

Por consiguiente, las denominadas excepciones de fondo interpuestas por la demandada de inexistencia de la obligación a cargo de la E.P.S. Sanitas S.A. e inexistencia del derecho alegado por la parte demandante, la Corte considera que carecen de vocación de prosperidad. A no dudarlo, E.P.S. Sanitas S.A. para la prestación de los servicios médicos asistenciales del POS a sus afiliados y beneficiarios, contrató los servicios de POS Salud LTDA, y ésta a la Clínica Pragma S.A. quien designó al médico para la práctica de la cirugía, Aream Alexander estaba afiliado a E.P.S. Sanitas S.A., estando legitimados los padres, hermanas e hijo del fallecido para ejercer la acción promovida y reclamar el daño directo y personal experimentado por su muerte. EPS Sanitas S.A., prestó al afiliado Aream Alexander el servicio a través de la IPS contratada. Desde luego, Aream Alexander y sus causahabientes no son parte de la relación jurídica contractual existente entre POS Salud Ltda. y E.P.S. Sanitas S.A., y por esto, el contrato y la invocada exoneración de responsabilidad conforme a lo pactado en sus cláusulas (fls. 53-59, cdno. 1), no es oponible en forma alguna a terceros, y en su caso, vincula exclusivamente a las partes. Por lo anterior, las excepciones fueron desestimadas.

Como podemos evidenciar dentro de este proceso existe un daño futuro, básicamente del lucro cesante futuro, la Corte en reiterada jurisprudencia a mencionado que: *“no es posible aseverar, con seguridad absoluta, como habrían transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho”*, acudiendo al propósito de determinar *“un mínimo de razonable certidumbre”* a

“juicios de probabilidad objetiva” y “a un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del “lucro cesante” y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daños en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido”(cas. civ. sentencia de 4 de marzo de 1998, exp. 4921).

Respecto de **la carga probatoria y forma de probar el daño**, señaló:

“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”, sujetas a su valoración racional e integral “de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos” (artículos 174 y 187 C. de P.C.), correspondiendo al demandante y no al juez la carga probatoria (actori incumbit probatio) con elementos probatorios idóneos, y sujetos a contradicción y, en contrapartida, al demandado demostrar in contrario (reusin excipiendo fit acto), pues, al tenor del artículo 177 del C. de P.C. “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, cuestión que en la autorizada opinión de Francisco Carnelutti “se desarrolla en procura de demostrar los supuestos fácticos que sustentan su proposición. También la noción de carga de la prueba incluye para el juzgador una regla de juicio que le indica cómo debe fallar cuando no encuentra la demostración de los hechos en que se fundamenta la pretensión o la excepción” y “se traduce en la obligación del juez de considerar existente o inexistente un hecho según que una de las partes le ofrezca o no la demostración de su inexistencia o de su

existencia” (La Prueba Civil, Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 219 ss.)”(cas. civ. sentencia de 25 de enero de 2008, [SC-002-2008], exp. 00373).

“Probado el daño es pertinente establecer el quantum debetur según los elementos de convicción del proceso, desde luego que, la prueba del quebranto y la de su cuantía son asuntos diferentes, el juzgador para establecerla debe ejercer sus facultades oficiosas (incisos 1º y 2º del art. 307 del C. de P. Civil; cas. civ. Sentencia de 9 de agosto de 1999, [S-033-99], exp. 4897) cuando están acreditados los perjuicios, y toda vicisitud probatoria respecto del monto de la indemnización no excluye su reconocimiento, cuya valoración “atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales” (artículos 16, Ley 446 de 1998, 230 de la C. P., 32 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887; cas. civ. sentencias del 3 de septiembre de 1991, 5 de noviembre de 1998, 1 de abril de 2003, [S-042-2003], exp. 6499).

“Por supuesto, la determinación de la cuantía de la indemnización del lucro cesante, parte de un daño cierto, actual o futuro, y demostrada su existencia, la víctima tiene derecho a su reparación, el cual explica el deber del juez de decretar pruebas para valorar la cuantía del detrimento integral, con mayor razón cuando se presentan dificultades probatorias en la fijación exacta del valor, así como la aplicación de la equidad o de métodos generalmente aceptados para su tasación, verbi gratia, parámetros referentes comparativos de la empresa, negocio o actividad lesionada con las similares, análogas y equivalentes, o a los de proyección y simulación con modelización en el marco concreto de circunstancias, entre otros.

La Corte, decretó un dictamen pericial rendido por el experto César Rodríguez Rojas (fls. 111-121, cdno. Corte), aclarado y complementado, y objetado por la demandante (fls. 125-128, 134-139, 143-147, cdno. Corte). La objeción fue denegada, de una parte, por referir a aspectos

estrictamente jurídicos reservados al fallador, siendo inocuas e inanes las eventuales opiniones de los expertos sobre puntos de derecho y las objeciones de “puro derecho” sobre su alcance o sentido (Sala de Casación Civil, auto de 8 de septiembre de 1993, exp. 3446), en tanto “la misión del perito es la de ayudar al juez sin pretender sustituirlo” (G.J. tomo, LXVII, pág. 161), verbi gratia, si padres y hermanas tienen o no derecho a la reparación patrimonial, si está probada o no la dependencia económica, si debe tomarse o no el ingreso profesional del fallecido al concluir sus estudios, si la suma certificada es integral o no, si debe reconocerse o no, lo relativo al trabajo dominical y festivos, asuntos todos que son del resorte exclusivo del juzgador conforme a las disposiciones jurídicas y a la valoración de los elementos probatorios.

La Sala Civil de Casación, estimó fundado el dictamen decretado antes del fallo, aunque no en su integridad, por partir de la reparación del daño emergente sin probanza específica de las erogaciones directas, y también del lucro cesante para todos los demandantes, sin prueba de hechos objetivos de la dependencia económica de los padres y hermanas.

Valorados estos elementos de convicción conforme a la sana crítica y reglas de experiencia, no suministran el grado de certeza suficiente sobre la dependencia, ayuda o contribución económica permanente del fallecido a sus padres y hermanas para su sostenimiento, ni su valor mensual, pues ninguno declaró hechos objetivos al efecto, y tampoco está demostrada la calidad de alimentarios, según concluyó el juez de primera instancia (fl. 477, cdno.1).

Para la Corte “...no es realmente el vínculo de parentesco o conyugal el factor determinante de la legitimación activa para reclamar la indemnización”. Lo que viene en verdad a conferir el derecho es la existencia de los supuestos necesarios que configuran dicho derecho, que se concretan en esto: “1. La dependencia económica que tenía el reclamante de quien murió o quedó en situación física o mental que imposibiliten prestar la ayuda o socorro que venía otorgando. 2. El daño cierto que la muerte o la situación de quien daba la ayuda al

dependiente, esto es que haya certeza de que dadas las circunstancias, la ayuda o socorro habría continuado.”

Bajo esta fundamentación la Corte negó el lucro cesante pretendido por los padres y hermanas, sin embargo las pruebas acreditan la dependencia económica del hijo menor Omar Andrés Verano Gracia, y la asunción por su padre de los gastos de crianza, establecimiento o sostenimiento, a quien debía alimentos. Por ello, tiene derecho a la reparación del daño patrimonial en la modalidad de lucro cesante pasado y futuro. El período indemnizable del hijo menor se extenderá hasta completar los 25 años de edad, ya que según la doctrina acogida por esta Corte a esta edad ordinariamente se culmina la educación superior y está en la capacidad de valerse por sí mismo.

Ahora con relación al daño moral, ha considerado en otros casos que: *“El daño moral, configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de inmensurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo, ya por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial”.*

“Con estos lineamientos, la naturaleza patrimonial o no patrimonial del interés afectado, no determina de suyo la naturaleza del daño, “porque consecuencias de naturaleza económica, y por lo tanto un daño patrimonial puede derivar, tanto de la lesión de un bien patrimonial, cuanto de la lesión de un bien de naturaleza no patrimonial: piénsese en la pérdida de clientela sufrida a causa de la publicación de una noticia en un periódico, que luego se revela como no verdadera, que provoca descrédito a su actividad profesional. El bien quebrantado es no patrimonial: la reputación del profesional, pero su lesión también produce consecuencias de naturaleza patrimonial.”(Luigi Corsaro, Concetto e tipi di danno, en P. Perlingieri, Manuale di diritto civile, Nápoles, ESI, 1997, p. 655 ss).

“El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, “que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo” (cas. civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01. “En efecto, el daño moral, aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, por ejemplo, los derechos de la personalidad, la salud e integridad, es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, al tratarse recta y exclusivamente, del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial.

“En sentido análogo, su reparación es singular e individual y no se contiene en la de otros daños, respecto de los cuales se distingue por su especificidad al recaer únicamente en los sentimientos y afectos, a consecuencia del quebranto de derechos, intereses o valores de naturaleza, ya patrimonial, bien no patrimonial, con los cuales no se confunde”.

En el caso concreto, por la gravedad del marco de circunstancias en que falleció el joven Aream Alexander Verano, esto generó intensa aflicción a sus parientes y vinculados, así como por los estrechos vínculos familiares y los nexos afectivos con padres, hermanas e hijo, padecimientos interiores, congoja, angustia, impotencia y profundo dolor, la Sala estimó pertinente ajustar el valor de referencia para reparar el daño moral a la suma de cincuenta y tres millones de pesos (\$53.000.000,00) moneda legal colombiana.

En síntesis, la indemnización es la siguiente:

-Daños causados al menor Omar Andrés Verano Gracia

Daño Patrimonial:

Lucro cesante consolidado.

\$202'751.534,00

Lucro Cesante futuro.

\$169'481.035,00

Total daño patrimonial:

\$372'232.569,00

Daño moral:

\$53.000.000,00

Total: \$425.232.569,00

-Daños causados a los padres Omar Verano Lemus, y Amira del Carmen Garzón Rodríguez

Daño moral:

\$53.000.000,00c/u y \$106.000.000,00

-Daños causados a las hermanas Luisa Fernanda y Paula Natalia Verano Garzón:

Daño moral: \$53.000.000,00 c/u y \$106.000.000,00

Se ordenó el pago de estas cantidades de dinero con el interés del 6 % anual desde que se ejecutoria la sentencia hasta la fecha de pago. Por lo tanto la Corte Suprema de Justicia, revocó la sentencia proferida el 24 de mayo de 2006, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Palma, dando lugar en parte a las pretensiones de los actores.

IV.VII COMPARACION DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO DE DAÑOS EN ECUADOR Y COLOMBIA.

Después de haber realizado el análisis de cada una de las disposiciones constitucionales y legales de los ordenamientos jurídicos de Ecuador y Colombia, respectivamente, considero que el proceso de Constitucionalización del Derecho de Daños en cada uno de estos países, se ha visto diferenciado, en primer lugar, por el contenido de las normas de rango constitucional, ya que en el Ecuador como hemos podido observar, el principio de reparación integral se convierte en aquella piedra angular, aquel mandato de optimización cuya aplicación es directa e inmediata en el ordenamiento interno, según sea este civil o penal.

La reparación integral juega en los nuevos modelos constitucionales un papel significativo, buscando construir una sociedad de respeto a la dignidad humana. Debiendo para ello, encontrarse necesariamente plasmada en las diferentes áreas del derecho, y con mayor razón en la civil, pues su fundamento de aplicación está en las normas constitucionales.

Bajo esta apreciación, reafirmamos que el Ecuador ha dado un paso importante en el reconocimiento de los derechos y más aún en su reparación, llegando a considerarse por muchos tratadista como un ejemplo de aquellas constituciones modernas y postmodernas, que se han preocupado por garantizar a las personas la eficaz protección de sus derechos. De esta manera bajo este principio el derecho de Daños en el Ecuador se ve constitucionalizado.

Por otro lado Colombia de acuerdo a sus disposiciones constitucionales puedo evidenciar que, ninguna disposición constitucional se refiere al principio de reparación integral, como aquel principio rector frente a la vulneración de los derechos, donde la administración de justicia debe observar al momento de dictar sus resoluciones, estableciendo para ello las obligaciones que han de ser cumplidas por los responsables del daño. Sin embargo este principio de singular importancia, ha tenido un desarrollo importante dentro de la legislación colombiana a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en observancia de los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Estado, así también por el Consejo de Estado, quienes se han preocupado por una integral reparación de los daños.

Se han interesado por no quedarse en el viejo sistema legalista donde se limitaba exclusivamente a la indemnización pecuniaria de daños, como la única medida capaz de compensar los daños sufridos por las personas en sus derechos e interés legítimos. Estos organismo que administran justicia han realizado una interpretación extensiva del Art 90 de la Constitución Colombiana respecto de la responsabilidad del Estado, considerando necesario que el Estado no debe simplemente responder por los daños patrimoniales, sino también de

aquellos daños inmateriales, y cuyas medidas de reparación no deben verse limitadas a la entrega formal y material de una indemnización pecuniaria, pues bajo el desarrollo jurisprudencial del principio de reparación integral de estos organismos, se puede evidenciar que existen otras medidas idóneas para lograr una eficaz reparación, según el daño provocado a las persona en sus derechos e intereses.

Hace necesario la incorporación de este principio dentro del ordenamiento jurídico interno, pues como hemos analizado, los requerimientos sociales exigen una protección mucho más amplia de sus derechos. Tampoco debemos olvidar que la Constitución colombiana reconoce que uno de los fines esenciales es “*garantizar la efectividad de los principios*”, y entre estos se encuentra el principio de reparación integral, pese a no estar desarrollado en normas de rango Constitucional.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. El derecho de daños es el sector de la dogmática jurídica que se ocupa del estudio de las normas que regulan la prevención de los daños que aún no han sido ocasionados, o del cese de los que ya se están produciendo y la reparación de los ya causados como consecuencia de un hecho ilícito, es decir, es el conjunto de normas jurídicas encaminadas a regular los daños que se producen por diferentes hechos generadores de responsabilidad.

SEGUNDA. Las Funciones del Derecho de Daños, nos permiten comprender el alcance que tiene esta rama del Derecho, frente a las relaciones jurídicas que se generan entre las personas. Teniendo como función principal la compensación total del daño, perfectamente delimitado.

TERCERA. El daño, se constituye en uno de los elementos importantes para que surja la responsabilidad civil, y la obligación del responsable para compensar el perjuicio ocasionado, sin embargo es necesario que el daño sea ANTIJURIDICO, afecte directamente un derecho jurídicamente tutelado y que la víctima no tenga la obligación de soportarlo.

CUARTA. El sistema ecuatoriano de responsabilidad civil, ha dado un paso importante respecto de la reparación de daños antijurídicos, pues a partir de la vigencia de la Constitución de 2008, se han establecido mecanismos no solo legales sino constitucionales que tiene una sola finalidad, la protección eficaz e inmediata de los derechos tutelados por el ordenamiento jurídico vigente, constitucionalizando de esta manera el derechos daños, encargándose de regular los posibles daños antijurídicos que puedan sufrir los sujetos de derecho en su patrimonio o su persona, puesto que, de manera implícita se ha establecido la obligación y deber de no dañar a nadie según se desprende del contenido de las normas constitucionales analizadas.

QUINTA. Si bien es cierto el daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial, sin embargo en la cuantificación del daño patrimonial, no existe inconveniente alguno, ya que este abarca

básicamente el lucro cesante y el daño emergente, así lo reconoce y lo reafirma la doctrina conjuntamente con la legislación comparada (Colombia). Pero respecto de la cuantificación del daño extrapatrimonial, exclusivamente del daño moral, considero que no habido avance legislativo ni jurisprudencial, pues no habido cambios en esta institución jurídica en la cuantificación del daño. El abogado demandante es quien en su pretensión establece el valor pecuniario que considera que tiene derecho, en función de la aplicación del principio de la autonomía del daño. Se mantiene la determinación del valor a pagar en sentencia a la “prudencia”, discreción, arbitrariedad y subjetividad del juez, cuando debería no solamente limitarse a la parte económica sino también acoger las otras formas de reparación que se encuentra otorgadas por el mismo derecho internacional.

SEXTA. En la actualidad, de acuerdo a la realidad ecuatoriana, los jueces juegan un papel importante en las reparaciones por daños, todos jueces ya sea que ejerza jurisdicción constitucional, legal, sea civil o penal, están en la obligación de GARANTIZAR LA EFECTIVA VIGENCIA DE LOS DERECHOS, y ORDENAR LA REPARACION INTEGRAL.

SEPTTIMA. Los daños punitivos, propio del Sistema Anglosajón, es una institución que en los últimos años se ha visto discutido en la doctrina internacional, e incluso se ha buscado su implementación dentro de los sistemas jurídicos latinoamericanos. Sin embargo en el Ecuador, todavía no se ha dado la implementación de esta figura que forma parte del derecho de daños del sistema Anglosajón. Puesto que se mantiene la idea y el principio, que se debe reparar exclusivamente la totalidad del daño e imponer sanción civil al responsable, sería ir más allá del daño y pasar a la responsabilidad penal, la misma que se caracteriza por ser sancionatoria.

OCTAVA. La dinámica del cambio social en su interrelación con los cambios legislativos, en algunas oportunidades tiene particularidades especiales, como es el caso acaecido con la

elevación al rango constitucional de los Tratados Internacionales relacionados con los Derechos Humanos. Ello, por cuanto se considera, siguiendo las tendencias del nuevo constitucionalismo, que las cláusulas de la constitución son operativas, la influencia de sus normas alcanza a todo la normativa inferior y, entre ellas, en forma directa al Código Civil.

NOVENA. El principio de reparación integral, es una norma general, ambigua y abstracta, cuyo concepto jurídico y doctrinario seguirá siendo desarrollado, pues con el avance de la ciencia y la tecnología las relaciones humanas se vuelven muchos más complejas, haciendo imposible regular de manera específica cada una de las posibles violaciones de los derechos. Este principio será quien de vida a las posibles soluciones, a través de su interpretación, determinando un haz de posibilidades.

DECIMA. Colombia a través de sus organismos jurisdiccionales como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han buscado dar cumplimiento no solo a la Constitución como norma suprema, a las leyes internas respecto de la reparación integral, sino también han buscado incluir el respeto y garantía en el cumplimiento de Tratados Internacionales de Derechos humanos para la reparación integral de las víctimas. Se han realizado avances importantes a través de la jurisprudencia de dichos organismos en relación al principio de reparación integral.

En este sentido, la Corte Constitucional configura un concepto de reparación integral más cercana a lo dado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Consejo de Estado al encontrarse antes conflictos de distinta naturaleza en el ámbito nacional, ha realizado una asimilación de la reparación integral a través de modificaciones y adecuaciones que han permitido su aplicación en el ordenamiento interno. Toda persona tiene derecho a ser reparado, con la debida proporcionalidad según la circunstancia en la que se profirió el daño. Para el Consejo de Estado, la *restitutio in integrum* conforma un elemento

esencial del contenido de reparación integral o la delimitación entre reparación y enriquecimiento injusto.

DECIMA PRIMERA. Para finalizar el derecho de daños y el principio de reparación integral, bajo una visión, o un enfoque constitucional garantista no opera adecuadamente. El problema radica en que los jueces, todavía miran el tema de la reparación desde una perspectiva decimonónica patrimonialista o pecuniaria de la responsabilidad. Por lo tanto la falla, en gran parte se encuentra en la práctica jurídica, los operadores de justicia deben buscar ese equilibrio entre el espíritu garantista del texto constitucional y ejercicio cotidiano de la garantía que es en donde debería realizarse en plenitud el proyecto constitucional.

RECOMENDACIONES.

En el desarrollo del presente trabajo de graduación, busque dar al derecho de daños un alcance mucho más amplio, integral, y completo bajo la luz de las normas constitucionales, que permita su aplicación en la práctica jurídica por todos quienes ejercen el derecho, día a día. Me permito por lo tanto realizar las siguientes recomendaciones:

PRIMERA.- El derecho de daños, en muchos países como Argentina, Colombia se ha establecido como una área del derecho a ser tratada, estudiada y analizada en las Universidades que ofertan la carrera de Derecho, ya que, como hemos visto la preocupación respecto de su aplicación en la vida social, ha sido de tal importancia que muchos juristas, estudiosos del derecho, se han preocupado en darle un tratamiento especial, según la normativa jurídica interna de cada país. Por ello considero necesario que las Facultades de Jurisprudencia del país, deben considerar que los estudiantes de derecho, deben tener un conocimiento pleno sobre las instituciones jurídicas que forman parte de esta rama del derecho, pues “*los daños*” están presentes en la vida cotidiana del ser humano, haciendo necesario que el estudiante de derecho pueda en su vida profesional contar con las herramientas necesarias para patrocinar causas.

SEGUNDA.- En el Ecuador, bajo el enfoque garantista de la Constitución, podemos evidenciar que el principio de reparación integral no está operando adecuadamente. Considero que el problema radica principalmente en que los jueces, todavía miran la reparación de los daños desde una perspectiva patrimonial o pecuniaria de la responsabilidad. Por lo tanto hace necesario que las personas encargadas de administrar justicia rompan con el sistema legalista, en el cual se habla de indemnización, más no de reparación. En otras palabras, los jueces deben dar una mayor protección a los derechos, desde la claridad constitucional, y observando los tratados y convenios internacionales aplicables en cada caso en concreto.

Es necesario que todos y cada uno de los funcionarios públicos y en especial quienes están encargados de la administración de justicia reciban capacitaciones, y una formación continua en esta área del derecho.

TERCERA.- Es necesario que toda disposición jurídica, que pretenda limitar la reparación de daños, sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales, según el abanico de derechos e intereses legítimos de las personas; debe el legislador tomar en consideración al momento de elaborar las normas jurídicas, por un lado: i) que toda persona tiene derecho a no sufrir un daño injusto en sus derechos, y por otro lado, ii) su reparación debe cubrir en toda su dimensión los efectos causados por el daño. No basta que la regulación normativa dada por el legislador se limite a criterios técnicos y estadísticos. Hace necesario reformas en algunas disposiciones del Código Civil, respecto del daño moral, pues se limita exclusivamente a la indemnización como forma de reparación, cuando de por medio existen otras medidas que según las circunstancias del caso podrán ser aplicadas.

El legislador es quien debe contar en un principio con la potestad de fijar límites o el marco de acción de la reparación integral, para brindar mayor claridad y certeza. Y es el juez quien deberá aplicar estos parámetros, pero cuando el legislador no es claro y preciso en la forma de reparación, debe éste ordenar en sentencia las medidas resarcitorias supliendo el vacío que ha dejado el legislador en las normas jurídicas, con el fin de lograr la reparación plena de los derechos.

BIBLIOGRAFIA

- Alessandri Arturo, Somarriva Manuel, VODANOVIC Antonio, (2009). *Tratado de las Obligaciones*, Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Alessandri Rodríguez Arturo, (1987). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*”, Tomo I, Santiago de Chile, Imprenta Universal.
- Asamblea Nacional (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial N° 449
- Asamblea Nacional (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Registro Oficial N° 52
- Asamblea Nacional (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial N° 180
- Asamblea Nacional (2015). *Código Orgánico General de procesos*. Quito: Registro Oficial N° 506
- Ávila, R (2008). *La constitución de 2008 en el contexto andino*. Quito, Ecuador.
- Barros Bourie, Enrique (2006). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Cabanellas, T (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires Argentina Editorial Heliasta S.R.L.
- Cerutti, M (2011): *Derecho de daños. Análisis de algunos problemas conceptuales*. Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.
- Código Civil Ecuatoriano. Recuperado en: www.lexis.com.ec
- Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42.

- Corte Nacional de Justicia. María Aguinda Salazar y otros c. Chevron Corporation. Juicio No. 174- 2012. Quito, 12 de noviembre de 2012. Juez Ponente: Wilson Andino Reinoso.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Referencia: 11001-3103-018-1999-00533-01. Juicio ordinario contra la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A y la Asociación Médica de Especialistas Pragma S.A. – Clinica Pragma S.A.
- *Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española*, Madrid: Editorial Astrea. Vigésima segunda edición. 2001.
- Díez- Picazo, L (1999). *Derecho de Daños*. España, Madrid. Edit. Civitas
- Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral*, extracto de “Studi In Onore Di Cesare Massimo Bianca”, Tomo IV, Giuffrè Editore, 2006.
- Fernández Sessarego, Carlos, Breves apuntes sobre el “proyecto de vida” y su protección jurídica, texto inédito del autor
- Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como Libertad*, 3ed, ARA Editores, Lima, 2006.
- García Ramírez, Sergio (2005). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tema de Reparaciones*, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, un cuarto de siglo: 1979 a 2004*. San José de Costa Rica Publicaciones Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Gil Botero Enrique (2010). *El principio de reparación integral en Colombia a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho Público. Tomo VI*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, edit. Temis. S.A

- Gil Botero Enrique (2014). *Constitucionalización del Derecho de Daños: nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá - Colombia, edit. Temis. S.A
- Kelsen, Hans, 1960: *Reine Rechtslehre*. Viena, Franz Deuticke Verlag. Citado por la traducción castellana de Roberto Vernengo, 1979, *Teoría pura del derecho*. México, Universidad Autónoma de México.
- López Herrera, Edgardo (2011). *Los daños punitivos en el derecho Angloamericano*. En: *Revista de Derecho de Daños, Daño Punitivo*. Rubinzal-Culzoni Editores. Dirección: Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti.
- López Herrera, Edgardo (2011). *Los daños punitivos*. Segunda Edición. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- Luis Fernando y Jorge Iván Bohorquez Buitrago (2003). *Diccionario Jurídico Colombiano*. Colombia, Edit. Jurídica Nacional, Tomo I. Quinta Edición.
- Mazeud Jean, Henri y León, (1969). *Lecciones de Derecho Civil*, traducción Luis Alcalá –Zamora y Castillo, Parte Segunda, Volumen II, Buenos Aires.
- Mendoza Martínez, Lucía Alejandra (2014). “*Responsabilidad Civil y el Daño*”. En M.L, Mendoza. *La acción civil del daño moral*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge *El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N°. 1. “Daños a la persona” Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- Pizarro, R.D (1993). *Daños punitivos. Derecho de daños, Libro en homenaje al Prof. Félix Trigo Represas*, 2º parte, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dir), La Rocca, Buenos Aires.

- Tamayo Jaramillo Javier (2007). *El daño y su reparación en Tratado de Responsabilidad civil*, Tomo II, Bogotá Colombia, Edit. Legis.
- Zannoni I, E. A. (1987). *“El daño en la responsabilidad civil”*. Buenos Aires, Astrea.

BIBLIOGRAFIA VIRTUAL.

- Collins English Dictionary, (UK, HarperCollins Publishers, 2000).
- Corte de Apelaciones de California, Cuarto Distrito de Apelación, Segunda División, “Grimshaw v. Ford Motor Co”, 119, Cal. App. 3d, 757, 174, 29 de mayo de 1981. Recuperado: <http://online.ceb.com/calcases/CA3/119CA3d757.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Acevedo Jaramillo Vs. Perú*. 2006. Serie C. No. 144. Recuperada en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/acevedo_18_12_09.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. 1993. Serie C. No. 15. Recuperado en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf.
- Edgardo López Herrera (2004). *Introducción a la Responsabilidad Civil*. Recuperado: <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>
- Humanos. Centro interamericano de Derechos Humanos. Recuperado: <http://www.cladh.org/revista-idh/el-concepto-de-reparación-integral-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/>
- Oxford Pocket Dictionary. Recuperado en: <http://www.encyclopedia.com/doc/1O999-rehab.html>.
- Rousset, J (2011). *El Concepto de Reparación Integral según la Corte Interamericana de derechos humanos*. Revista Internacional de Derechos Humanos. Recuperado: www.revistaidh.org

- Rousset, Andrés. *El concepto de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Revista Interamericana de Derechos
- Sandoval, C (2009). *La Rehabilitacion como una forma de reparación con arreglo al derecho Internacional*. Reido Unido. Recuperado: http://www.redress.org/downloads/publications/2009_Dec_La_rehabilitacion.pdf.
www.derechoecuador.com

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicado No.05001-23-25-000-1994-00020-01, 14 de septiembre de 2011.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicado No.05001-23-25-000-1995-01209-01(21884), 14 de junio de 2012.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Radicado: 05001-23-31-000-1998-02290-01(29273) A, de 19 de octubre de 2007.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicado No.05001-23-31-000-1998-02290-01(29273) A, de 19 de octubre de 2007.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicado No.05001-23-31-000-2007-00139-01(38222), 14 de septiembre de 2011.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicado No.05001-23-31-000-2007-00139-01(38222), 14 de septiembre de 2011.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 09 de junio de 2010, C.P.: Enrique Gil Botero, Radicado: 19001-23-31-000-1997-08006(19849)
- Consejo de estado, Sección Tercera, sentencia 14 de septiembre de 2011, CP: Enrique Gil Botero Radicado: 051233100020070013901 (38.222).